

SECTION B

ORAL ARGUMENTS CONCERNING THE
MERITS AND THE PRELIMINARY
OBJECTIONS JOINED TO THE MERITS

PUBLIC HEARINGS

*held from 21 September to 6 November 1959 and on 12 April 1960,
the President, Mr. Klaestad, presiding*

SECTION B

PLAIDOIRIES RELATIVES AU FOND ET AUX
EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES JOINTES
AU FOND

AUDIENCES PUBLIQUES

*tenues du 21 septembre au 6 novembre 1959 et le 12 avril 1960, sous
la présidence de M. Klaestad, Président*

MINUTES OF THE HEARINGS HELD FROM
21 SEPTEMBER TO 6 NOVEMBER 1959 AND ON
12 APRIL 1960

YEAR 1959

TWENTY-SECOND PUBLIC HEARING (21 IX 59, 4 p.m.)

Present: President KLAESTAD; *Vice-President* ZAFRULLA KHAN; *Judges* BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, Sir Hersch LAUTERPACHT, MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER; *Judges ad hoc* CHAGLA and FERNANDES; *Deputy-Registrar* GARNIER-COIGNET.

The Government of Portugal was represented by:

Dr. João de Barros FERREIRA DA FONSECA, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Portugal to the Netherlands, *as Agent*;
assisted by:

Prof. Inocêncio GALVÃO TELLES, Director of the Faculty of Law of the University of Lisbon, Member of the Upper House, *as Agent, Advocate and Counsel*;

Prof. Maurice BOURQUIN, Professor at the Faculty of Law of the University of Geneva and at the Graduate Institute of International Studies, *as Advocate and Counsel*;

Prof. Guilherme BRAGA DA CRUZ, Director of the Faculty of Law of Coimbra, Member of the Upper House,

Prof. Pierre LALIVE D'ÉPINAY, Professor at the Faculty of Law of the University of Geneva,

Prof. Joaquim Moreira DA SILVA CUNHA, Professor at the Faculty of Law of the University of Lisbon, Member of the Upper House,
as Counsel;

Dr. Henrique MARTINS DE CARVALHO, Counsellor for Overseas Affairs at the Ministry for Foreign Affairs,

Dr. Alexandre MARQUES LOBATO, Secretary of the Centre for Overseas Historical Studies,

M. João DE CASTRO MENDES, Assistant at the Faculty of Law of the University of Lisbon, *as Experts*;

and

M. José DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Assistant at the Faculty of Law of the University of Lisbon,

Dr. Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, Secretary of the Embassy of Portugal at The Hague,

M. Antonio Leal DA COSTA LOBO, Secretary of Legation,
as Secretaries.

PROCÈS-VERBAUX DES AUDIENCES TENUES
DU 21 SEPTEMBRE AU 6 NOVEMBRE 1959 ET
LE 12 AVRIL 1960

ANNÉE 1959

VINGT-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (21 IX 59, 16 h.)

Présents : M. KLAESTAD, *Président* ; M. ZAFRULLA KHAN, *Vice-Président* ;
MM. BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON,
KOJEVNIKOV, Sir Hersch LAUTERPACHT, MM. MORENO QUINTANA,
CÓRDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER, *Juges* ;
MM. CHAGLA et FERNANDES, *Juges ad hoc* ; M. GARNIER-COIGNET,
Greffier adjoint.

Le Gouvernement du Portugal est représenté par :

M. le D^r João de Barros FERREIRA DA FONSECA, ambassadeur extra-
ordinaire et plénipotentiaire du Portugal à La Haye, *en qualité d'agent* ;
assisté de :

M. le professeur D^r Inocêncio GALVÃO TELLES, directeur de la faculté
de droit de l'Université de Lisbonne, membre de la Chambre Haute
(Câmara Corporativa), *en qualité d'agent avocat et conseil* ;

M. le professeur Maurice BOURQUIN, professeur à la faculté de droit
de l'Université de Genève et à l'Institut universitaire de hautes études
internationales, *en qualité d'avocat et conseil* ;

M. le professeur Guilherme BRAGA DA CRUZ, directeur de la faculté de
droit de Coimbra, membre de la Chambre Haute (Câmara Corporativa),

M. le professeur Pierre LALIVE D'ÉPINAY, professeur à la faculté de
droit de l'Université de Genève,

M. le professeur Joaquim Moreira DA SILVA CUNHA, professeur à la
faculté de droit de l'Université de Lisbonne, membre de la Chambre
Haute (Câmara Corporativa), *en qualité de conseils* ;

M. le D^r Henrique MARTINS DE CARVALHO, conseiller pour l'Outremer
au ministère des Affaires étrangères,

M. le D^r Alexandre MARQUES LOBATO, secrétaire du Centre d'études
historiques de l'Outremer,

M. João DE CASTRO MENDES, assistant à la faculté de droit de l'Uni-
versité de Lisbonne, *en qualité d'experts* ;

et

M. José DE OLIVEIRA ASCENÇÃO, assistant à la faculté de droit de
l'Université de Lisbonne,

M. le D^r Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, secrétaire de l'ambassade
du Portugal à La Haye,

M. António Leal DA COSTA LOBO, secrétaire de légation,
en qualité de secrétaires.

The Government of India was represented by :

Shri M. C. SETALVAD, Attorney General of India, *as Agent and Counsel ;*

Prof. Henri ROLIN, Professor of International Law at the Free University of Brussels, Advocate, Member of the Belgian Senate,

The Rt. Hon. Sir Frank SOSKICE, Q.C., M.P., Former Attorney General of England,

Prof. Paul GUGGENHEIM, Professor of International Law at the Law Faculty of the University of Geneva and at the Graduate Institute of International Studies,

Prof. C. H. M. WALDOCK, C.M.G., O.B.E., Q.C., Chichele Professor of Public International Law at the University of Oxford,

Mr. J. G. LE QUESNE, Member of the English Bar,

as Counsel ;

From the Goa Research Unit, Ministry of External Affairs, New Delhi:

Shri Vasant Govind JOSHI,

Shri Vishwanath Govind DIGHE,

Shri Vithal Trimbak GUNE,

Shri Leofredo Agenor DE GOUVEA PINTO,

Shri Ram Swarup BHARDWAJ,

and

M. João Francisco CARACIOLO CABRAL, The Legal Department, High Commission of India, London,

as Expert Advisers ;

and by

Shri G. M. MUKHI, Legal Adviser in the Ministry of External Affairs, *as Assistant Agent and Secretary.*

The PRESIDENT opened the hearing and stated that the Court was assembled to consider, in its second phase, the dispute which had arisen between Portugal and India with regard to right of passage over Indian territory.

Proceedings were instituted by an Application of the Government of Portugal filed on 22 December 1955. The Government of India raised six preliminary objections to the jurisdiction of the Court and, by a Judgment of 26 November 1957, the Court rejected four of these objections, joined two other objections to the merits and ordered the resumption of the proceedings on the merits.

The pleadings had thereafter been filed by the Parties within the time-limits prescribed, and the case became ready for hearing on 5 February 1959.

The Governments of Portugal and of India had appointed as Judges *ad hoc* respectively Dr. Manuel Fernandes and the Hon. Mahomed Ali Currim Chagla, who also acted in the first phase of the present case when they made the declaration provided for by Article 20 of the Statute.

The Government of Portugal was represented by the Ambassador of Portugal to the Netherlands as Agent, and the Government of India was represented by the Attorney General of India as Agent.

Le Gouvernement de l'Inde est représenté par :

Shri M. C. SETALVAD, *Attorney General* de l'Inde, en qualité d'agent et conseil ;

M. le professeur Henri ROLIN, professeur de droit international à l'Université libre de Bruxelles, avocat, membre du Sénat belge,

Le très honorable sir Frank SOSKICE, Q. C., M. P., ancien *Attorney General* d'Angleterre,

M. le professeur Paul GUGGENHEIM, professeur de droit international à la faculté de droit de l'Université de Genève et à l'Institut universitaire de hautes études internationales,

M. le professeur C. H. M. WALDOCK, C. M. G., O. B. E., Q. C., professeur de droit international public à l'Université d'Oxford (Chaire Chichele),

M. J. G. LE QUESNE, membre du barreau anglais,
en qualité de conseils ;

Du ministère des Affaires étrangères à New Delhi, services des Recherches de Goa :

Shri Vasant Govind JOSHI,

Shri Vishwanath Govind DIGHE,

Shri Vithal Trimbak GUNE,

Shri Leofredo Agenor DE GOUVEA PINTO,

Shri Ram Swarup BHARDWAJ,

et

M. João Francisco CARACIOLO CABRAL, du Département juridique, *High Commission of India*, Londres,

en qualité de conseillers experts ;

et par

Shri G. M. MURHI, conseiller juridique au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent adjoint et secrétaire.

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience. Il expose que la Cour se réunit aujourd'hui pour examiner, dans sa seconde phase, le différend qui s'est élevé entre le Portugal et l'Inde au sujet du droit de passage sur territoire indien.

L'instance a été introduite par une requête du Gouvernement du Portugal déposée le 22 décembre 1955. Le Gouvernement de l'Inde a opposé six exceptions préliminaires à l'exercice de la compétence de la Cour et, par arrêt du 26 novembre 1957, la Cour a rejeté quatre de ces exceptions, joint au fond les deux autres et ordonné la reprise de la procédure au fond.

Les pièces de la procédure écrite ont alors été déposées par les Parties dans les délais prescrits et l'affaire est venue en état d'être plaidée le 5 février 1959.

Les Gouvernements du Portugal et de l'Inde ont respectivement désigné comme juges *ad hoc* le Dr Manuel Fernandes et l'honorable Mahomed Ali Currim Chagla, qui ont déjà siégé dans la première phase de la présente affaire, à l'occasion de laquelle ils ont fait la déclaration prévue à l'article 20 du Statut.

Le Gouvernement du Portugal est représenté par l'ambassadeur du Portugal aux Pays-Bas, comme agent, et le Gouvernement de l'Inde par l'*Attorney General* de l'Inde, comme agent.

The President asked the Parties to interrupt their speeches at convenient intervals, for example every ten or fifteen minutes, in order to allow the oral translation to be given, and called upon the Agent for the Government of Portugal.

M. João de Barros FERREIRA DA FONSECA, Agent for the Government of Portugal, asked the Court to be good enough to hear M. Telles, Agent, Advocate and Counsel on behalf of the Government of Portugal.

The PRESIDENT called upon M. Telles.

M. TELLES made the speech reproduced in the Annex ¹.

(The Court rose at 6 p.m.)

(Signed) Helge KLAESTAD,
President.

(Signed) GARNIER-COIGNET,
Deputy-Registrar.

TWENTY-THIRD PUBLIC HEARING (22 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon M. Telles.

M. TELLES concluded the speech reproduced in the Annex ².

The PRESIDENT, at the request of M. Telles, called upon M. Bourquin.

M. BOURQUIN began the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court adjourned from 12.40 p.m. to 4 p.m.)

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-FOURTH PUBLIC HEARING (23 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon M. Bourquin.

M. BOURQUIN concluded the speech reproduced in the Annex ⁵.

The PRESIDENT called upon M. Braga da Cruz.

M. BRAGA DA CRUZ began the speech reproduced in the Annex ⁶.

(The Court adjourned from 1 p.m. to 4 p.m.)

M. BRAGA DA CRUZ continued the speech reproduced in the Annex ⁷.

(The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 291-301.

² " " 301-305.

³ " " 305-314.

⁴ " " 314-327.

⁵ " " 327-331.

⁶ " " 332-343.

⁷ " " 343-352.

Le Président invite les Parties à interrompre leurs plaidoiries aux intervalles qui leur seront commodes, par exemple toutes les dix ou quinze minutes, pour en permettre la traduction, et donne la parole à l'agent du Gouvernement du Portugal.

M. João de Barros FERREIRA DA FONSECA, agent du Gouvernement portugais, demande à la Cour d'entendre M. Telles, agent, avocat et conseil, en sa plaidoirie au nom du Gouvernement portugais.

Le PRÉSIDENT donne la parole à M. Telles.

M. TELLES prononce la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est levée à 18 h.)

Le Président,

(Signé) Helge KLAESTAD.

Le Greffier adjoint,

(Signé) GARNIER-COIGNET.

VINGT-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (22 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES termine la plaidoirie reproduite en annexe ².

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Telles, donne la parole au professeur Bourquin.

M. BOURQUIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est suspendue de 12 h. 40 à 16 h.)

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

VINGT-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (23 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

Le PRÉSIDENT donne la parole à M. Braga da Cruz.

M. BRAGA DA CRUZ commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est suspendue de 13 h. à 16 h.)

M. BRAGA DA CRUZ continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 291-301.

² » » 301-305.

³ » » 305-314.

⁴ » » 314-327.

⁵ » » 327-331.

⁶ » » 332-343.

⁷ » » 343-352.

TWENTY-FIFTH PUBLIC HEARING (24 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon M. Braga da Cruz. M. BRAGA DA CRUZ continued the speech reproduced in the Annex ¹. (The Court adjourned from 1 p.m. to 4 p.m.)

M. BRAGA DA CRUZ continued the speech reproduced in the Annex ². (The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-SIXTH PUBLIC HEARING (25 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon M. Braga da Cruz. M. BRAGA DA CRUZ concluded the speech reproduced in the Annex ³.

The PRESIDENT, at the request of M. Braga da Cruz, called upon M. da Silva Cunha.

M. DA SILVA CUNHA began the speech reproduced in the Annex ⁴. (The Court adjourned from 12.55 p.m. to 4 p.m.)

M. DA SILVA CUNHA concluded the speech reproduced in the Annex ⁵.

The PRESIDENT, at the request of M. da Silva Cunha, called upon M. Telles.

M. TELLES began the speech reproduced in the Annex ⁶. (The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-SEVENTH PUBLIC HEARING (26 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59, with the exception of Judge Spiropoulos.]

The PRESIDENT opened the hearing and announced that Judge Spiropoulos would be unable to attend, owing to ill health. He then called upon M. Telles.

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ⁷. (The Court rose at 1.05 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 352-366.

² " " 366-377.

³ " " 377-382.

⁴ " " 383-391.

⁵ " " 391-394.

⁶ " " 395-403.

⁷ " " 403-416.

VINGT-CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (24 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Braga da Cruz.

M. BRAGA DA CRUZ continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 13 h. à 16 h.)

M. BRAGA DA CRUZ continue la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

VINGT-SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (25 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Braga da Cruz.

M. BRAGA DA CRUZ termine la plaidoirie reproduite en annexe ³.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Braga da Cruz, donne la parole à M. da Silva Cunha.

M. DA SILVA CUNHA commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est suspendue de 12 h. 55 à 16 h.)

M. DA SILVA CUNHA termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. da Silva Cunha, donne la parole à M. Telles.

M. TELLES commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

VINGT-SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (26 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59, à l'exception de M. Spiropoulos, juge, absent.]

Le PRÉSIDENT, ouvrant l'audience, annonce que M. Spiropoulos, juge, souffrant, n'y assistera pas. Il donne ensuite la parole à M. Telles.

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est levée à 13 h. 05).

[Signatures.]

¹ Voir pp. 352-366.

² » » 366-377.

³ » » 377-382.

⁴ » » 383-391.

⁵ » » 391-394.

⁶ » » 395-403.

⁷ » » 403-416.

TWENTY-EIGHTH PUBLIC HEARING (28 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 26 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Telles.

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ¹.

(The Court adjourned from 12.53 p.m. to 4 p.m.)

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ².

(The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-NINTH PUBLIC HEARING (29 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Telles.

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court adjourned from 1.05 p.m. to 4 p.m.)

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court rose at 6.04 p.m.)

[Signatures.]

THIRTIETH PUBLIC HEARING (30 IX 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59, with the exception of Judge Córdova.]

The PRESIDENT opened the hearing and announced that Judge Córdova was prevented by illness from attending the hearing. The President then called on M. Telles.

M. TELLES concluded the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court adjourned from 1.02 p.m. to 4 p.m.)

The PRESIDENT called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN began the speech reproduced in the Annex ⁶.

(The Court rose at 5.52 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 416-429.

² " " 429-440.

³ " " 441-456.

⁴ " " 456-470.

⁵ " " 470-484.

⁶ " " 485-496.

VINGT-HUITIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (28 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 26 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 12 h. 53 à 16 h.)

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

VINGT-NEUVIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (29 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est suspendue de 13 h. 05 à 16 h.)

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est levée à 18 h. 04.)

[Signatures.]

TRENTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (30 IX 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59, à l'exception de M. Córdova, juge, absent.]

Le PRÉSIDENT, ouvrant l'audience, annonce que M. Córdova, souffrant, ne siégera pas et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est suspendue de 13 h. 02 à 16 h.)

Le PRÉSIDENT, ouvrant l'audience, donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est levée à 17 h. 52.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 416-429.

² » » 429-440.

³ » » 441-456.

⁴ » » 456-470.

⁵ » » 470-484.

⁶ » » 485-496.

THIRTY-FIRST PUBLIC HEARING (1 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ¹.

(The Court adjourned from 12.55 p.m. to 4 p.m.)

M. BOURQUIN concluded the speech reproduced in the Annex ².

The PRESIDENT, at the request of M. Bourquin, called on M. Lalive.

M. LALIVE began the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court rose at 5.56 p.m.)

[Signatures.]

THIRTY-SECOND PUBLIC HEARING (2 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Lalive.

M. LALIVE concluded the speech reproduced in the Annex ⁴.

The PRESIDENT, at the request of M. Lalive, called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN began the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court adjourned from 1.05 p.m. to 4 p.m.)

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ⁶.

(The Court rose at 5.56 p.m.)

[Signatures.]

THIRTY-THIRD PUBLIC HEARING (3 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ⁷.

(The Court rose at 12.55 p.m.)

[Signatures.]

THIRTY-FOURTH PUBLIC HEARING (5 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ⁸.

(The Court adjourned from 1 p.m. until 4 p.m.)

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ⁹.

(The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 496-511.

² " " 511-515.

³ " " 516-523.

⁴ " " 523-531.

⁵ " " 532-541.

⁶ " " 541-551.

⁷ " " 552-568.

⁸ " " 568-584.

⁹ " " 584-596.

TRENTÉ ET UNIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (1 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 30 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 12 h. 55 à 16 h.)

M. BOURQUIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ².

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Bourquin, donne la parole à M. Lalive.

M. LALIVE commence la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est levée à 17 h. 56.)

[Signatures.]

TRENTÉ-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (2 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 30 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Lalive.

M. LALIVE termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Lalive, donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est suspendue de 13 h. 05 à 16 h.)

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est levée à 17 h. 56.)

[Signatures.]

TRENTÉ-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (3 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 30 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est levée à 12 h. 55.)

[Signatures.]

TRENTÉ-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (5 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 30 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁸.

(L'audience est suspendue de 13 h. à 16 h.)

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁹.

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 496-511.

² » » 511-515.

³ » » 516-523.

⁴ » » 523-531.

⁵ » » 532-541.

⁶ » » 541-551.

⁷ » » 552-568.

⁸ » » 568-584.

⁹ » » 584-596.

THIRTY-FIFTH PUBLIC HEARING (6 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN concluded the speech reproduced in the Annex¹.

The PRESIDENT, at the request of M. Bourquin, called on M. Telles.

M. TELLES began the speech reproduced in the Annex².

(The Court adjourned from 12.55 p.m. to 4 p.m.)

M. TELLES concluded the speech reproduced in the Annex³ and presented to the Court the submissions⁴ of the Portuguese Government.

The PRESIDENT, after consulting the Agent for the Indian Government, fixed the next hearing at Friday 9 October at 10.30 a.m.

(The Court rose at 5.29 p.m.)

[Signatures.]

THIRTY-SIXTH PUBLIC HEARING (9 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon the Agent for the Government of India.

Shri SETALVAD made the speech reproduced in the Annex⁵.

The PRESIDENT, at the request of Shri Setalvad, called upon M. Rolin.

M. ROLIN began the speech reproduced in the Annex⁶.

(The Court adjourned from 12.30 p.m. to 4 p.m.)

M. ROLIN continued the speech reproduced in the Annex⁷.

(The Court rose at 6.05 p.m.)

[Signatures.]

THIRTY-SEVENTH PUBLIC HEARING (10 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon M. Rolin.

M. ROLIN continued the speech reproduced in the Annex⁸.

(The Court rose at 1 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 596-600.

² " " 601-611.

³ " " 611-618.

⁴ See Vol. V, Part IV, *Correspondence*, No. 176.

⁵ See pp. 619-631.

⁶ " " 632-633.

⁷ " " 633-645.

⁸ " " 645-658.

TRENTE-CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (6 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 30 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Bourquin, donne la parole à M. Telles.

M. TELLES commence la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est suspendue de 12 h. 55 à 16 h.)

M. TELLES termine la plaidoirie reproduite en annexe ³ et dépose les conclusions ⁴ du Gouvernement du Portugal.

Le PRÉSIDENT, après avoir consulté l'agent du Gouvernement indien, fixe la prochaine audience au vendredi 9 octobre à 10 h. 30.

(L'audience est levée à 17 h. 29.)

[Signatures.]

TRENTE-SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (9 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 30 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à l'agent du Gouvernement de l'Inde.

Shri SETALVAD prononce la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

Le PRÉSIDENT, à la demande de Shri Setalvad, donne la parole à M. Rolin.

M. ROLIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est suspendue de 12 h. 30 à 16 h.)

M. ROLIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est levée à 18 h. 05.)

[Signatures.]

TRENTE-SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (10 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 30 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Rolin.

M. ROLIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁸.

(L'audience est levée à 13 h.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 596-600.

² » » 601-611.

³ » » 611-618.

⁴ Voir vol. V, Quatrième Partie, *Correspondance*, n° 176.

⁵ Voir pp. 619-631.

⁶ » » 632-633.

⁷ » » 633-645.

⁸ » » 645-658.

THIRTY-EIGHTH PUBLIC HEARING (12 X 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Rolin.

M. ROLIN concluded the speech reproduced in the Annex ¹.

(The Court adjourned from 1 p.m. to 4 p.m.)

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Guggenheim.

M. GUGGENHEIM began the speech reproduced in the Annex ².

(The Court rose at 6.02 p.m.)

[Signatures.]

THIRTY-NINTH PUBLIC HEARING (13 X 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Guggenheim.

M. GUGGENHEIM continued the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court adjourned from 1.02 p.m. to 4 p.m.)

M. GUGGENHEIM concluded the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court rose at 5.57 p.m.)

[Signatures.]

FORTIETH PUBLIC HEARING (14 X 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59, except that Judge Sir Hersch Lauterpacht was present in the morning only.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on Mr. Setalvad.

Mr. SETALVAD began the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court adjourned from 12.58 p.m. to 4 p.m.)

The PRESIDENT announced that Sir Hersch Lauterpacht, who was indisposed, would not attend the hearing and called on Mr. Setalvad.

Mr. SETALVAD continued the speech reproduced in the Annex ⁶.

(The Court rose at 5.55 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 658-672.

² " " 673-684.

³ " " 684-696.

⁴ " " 696-706.

⁵ " " 707-721.

⁶ " " 721-732.

TRENTE-HUITIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (12 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Rolin.

M. ROLIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 13 h. à 16 h.)

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Guggenheim.

M. GUGGENHEIM commence la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est levée à 18 h. 02.)

[Signatures.]

TRENTE-NEUVIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (13 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Guggenheim.

M. GUGGENHEIM continue la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est suspendue de 13 h. 02 à 16 h.)

M. GUGGENHEIM termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est levée à 17 h. 57.)

[Signatures.]

QUARANTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (14 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 21 IX 59, à l'exception de sir Hersch Lauterpacht, juge, présent le matin seulement.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Setalvad.

M. SETALVAD commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est suspendue de 12 h. 58 à 16 h.)

Le PRÉSIDENT annonce que sir Hersch Lauterpacht, indisposé, n'assistera pas à la séance et donne la parole à M. Setalvad.

M. SETALVAD continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est levée à 17 h. 55.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 658-672.

² » » 673-684.

³ » » 684-696.

⁴ » » 696-706.

⁵ » » 707-721.

⁶ » » 721-732

FORTY-FIRST PUBLIC HEARING (15 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59, with the exception of Judge Sir Hersch Lauterpacht.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on Mr. Setalvad.

Mr. SETALVAD concluded the speech reproduced in the Annex ¹.

The PRESIDENT, at the request of Mr. Setalvad, called on Sir Frank Soskice.

Sir Frank SOSKICE began the speech reproduced in the Annex ².

(The Court adjourned from 12.55 p.m. to 4 p.m.)

Sir Frank SOSKICE continued the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court rose at 5.55 p.m.)

[Signatures.]

FORTY-SECOND PUBLIC HEARING (16 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on Sir Frank Soskice.

Sir Frank SOSKICE concluded the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court adjourned from 12.55 p.m. to 4 p.m.)

The PRESIDENT, at the request of Sir Frank Soskice, called on Professor Waldoek.

Professor WALDOEK began the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court rose at 5.58 p.m.)

[Signatures.]

FORTY-THIRD PUBLIC HEARING (17 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on Professor Waldoek.

Professor WALDOEK concluded the speech reproduced in the Annex ⁶.

(The Court rose at 12.53 p.m.)

[Signatures.]

FORTY-FOURTH PUBLIC HEARING (19 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 21 IX 59, with the exception of Judges Sir Hersch Lauterpacht and Córdova.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on Mr. Setalvad.

Mr. SETALVAD began the speech reproduced in the Annex ⁷.

(The Court adjourned from 12.57 p.m. to 4 p.m.)

Mr. SETALVAD continued the speech reproduced in the Annex ⁸.

(The Court rose at 5.59 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 732-736.

² " " 737-747.

³ " " 747-756.

⁴ " " 756-769.

⁵ " " 770-780.

⁶ " " 780-793.

⁷ " " 794-806.

⁸ " " 806-817.

QUARANTE ET UNIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (15 x 59, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 21 IX 59, à l'exception de sir Hersch Lauterpacht, juge, absent.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Setalvad.

M. SETALVAD termine la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Setalvad, donne la parole à sir Frank Soskice.

Sir Frank SOSKICE commence la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est suspendue de 12 h. 55 à 16 h.)

Sir Frank SOSKICE continue la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est levée à 17 h. 55.)

[Signatures.]

QUARANTE-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (16 x 59, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à sir Frank Soskice.

Sir Frank SOSKICE termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est suspendue de 12 h. 55 à 16 h.)

Le PRÉSIDENT, à la demande de sir Frank Soskice, donne la parole au professeur Waldock ⁵.

M. WALDOCK commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est levée à 17 h. 58.)

[Signatures.]

QUARANTE-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (17 x 59, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole au professeur Waldock.

Le professeur WALDOCK termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est levée à 12 h. 53.)

[Signatures.]

QUARANTE-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (19 x 59, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 21 IX 59, à l'exception de sir Hersch Lauterpacht et de M. Córdova, juges, absents.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Setalvad.

M. SETALVAD commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est suspendue de 12 h. 57 à 16 h.)

M. SETALVAD continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁸.

(L'audience est levée à 17 h. 59.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 732-736.

² » » 737-747.

³ » » 747-756.

⁴ » » 756-769.

⁵ » » 770-780.

⁶ » » 780-793.

⁷ » » 794-806.

⁸ » » 806-817.

FORTY-FIFTH PUBLIC HEARING (20 X 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 X 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on Mr. Setalvad.

Mr. SETALVAD concluded the speech reproduced in the Annex ¹.

The PRESIDENT, at the request of Mr. Setalvad, called on Professor Waldoek.

Professor WALDOCK began the speech reproduced in the Annex ².

(The Court adjourned from 1.08 p.m. to 4 p.m.)

Professor WALDOCK continued the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court rose at 6.08 p.m.)

[Signatures.]

FORTY-SIXTH PUBLIC HEARING (21 X 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 X 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on Professor Waldoek.

Professor WALDOCK continued the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court adjourned from 1.03 p.m. to 4 p.m.)

Professor WALDOCK concluded the speech reproduced in the Annex ⁵.

At the request of the PRESIDENT, the Agent for the Government of India announced that the submissions⁶ of his Government had been filed with the Registry.

After an exchange of views with the Portuguese Agent, the President announced that the next hearing would be held on Saturday 24 October at 10.30 a.m. to hear the speeches in reply.

(The Court rose at 5.42 p.m.)

[Signatures.]

FORTY-SEVENTH PUBLIC HEARING (24 X 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 19 X 59.]

The PRESIDENT, on opening the hearing, announced that Judge Córdova would not attend the hearing and called on the Agent for the Government of Portugal.

At the request of the Portuguese Agent, the President called on M. Telles.

M. TELLES stated the outline of the Portuguese case in reply ⁷.

The PRESIDENT, at the request of M. Telles, called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN began the speech reproduced in the Annex ⁸.

(The Court rose at 1.03 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 817-829.

² " " 830-833.

³ " " 833-845.

⁴ " " 845-859.

⁵ " " 859-868.

⁶ " " Vol. V, Part IV, *Correspondence*, No. 182.

⁷ " " " " pp. 5-6.

⁸ " " " " 7-22.

QUARANTE-CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (20 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Setalvad.

M. SETALVAD termine la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Setalvad, donne la parole au professeur Waldoek.

M. WALDOEK commence la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est suspendue de 13 h. 08 à 16 h.)

M. WALDOEK continue la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est levée à 18 h. 08.)

[Signatures.]

QUARANTE-SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (21 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole au professeur Waldoek.

Le professeur WALDOEK continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est suspendue de 13 h. 03 à 16 h.)

Le professeur WALDOEK termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

À la demande du PRÉSIDENT, M. Setalvad, agent du Gouvernement de l'Inde, annonce que les conclusions⁶ de son Gouvernement ont été déposées par lui.

Après un échange de vues avec M. J. de Barros Ferreira da Fonseca, agent du Gouvernement du Portugal, le Président annonce que la prochaine audience se tiendra le samedi 24 octobre à 10 heures 30 pour entendre les plaidoiries en réponse.

(L'audience est levée à 17 h. 42.)

[Signatures.]

QUARANTE-SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (24 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 19 x 59.]

Le PRÉSIDENT, ouvrant l'audience, annonce que le juge Córdova n'assistera pas à la séance et donne la parole à l'agent du Gouvernement portugais.

À la demande de celui-ci, il donne ensuite la parole à M. Telles.

M. TELLES énonce le plan de la plaidoirie en réponse de son Gouvernement ⁷.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Telles, donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁸.

(L'audience est levée à 13 h. 03.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 817-829.

² » » 830-833.

³ » » 833-845.

⁴ » » 845-859.

⁵ » » 859-868.

⁶ » vol. V, Quatrième Partie, *Correspondance*, n° 182.

⁷ » » », pp. 5-6.

⁸ » » », » 7-22.

FORTY-EIGHTH PUBLIC HEARING (26 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ¹.

(The Court adjourned from 12.59 p.m. to 4 p.m.)

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ².

(The Court rose at 6.12 p.m.)

[Signatures.]

FORTY-NINTH PUBLIC HEARING (27 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Telles.

M. TELLES began the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court adjourned from 12.53 p.m. to 4 p.m.)

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court rose at 6 p.m.)

[Signatures.]

FIFTIETH PUBLIC HEARING (28 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Telles.

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court adjourned from 12.56 p.m. to 4 p.m.)

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ⁶.

The PRESIDENT called on the Parties to limit themselves to those observations which are relevant to the case.

M. TELLES continued the speech reproduced in the Annex ⁷.

(The Court rose at 6.04 p.m.)

[Signatures.]

¹ See Vol. V, pp.‡ 23-35.

² " " " " 35-48.

³ " " " " 49-51.

⁴ " " " " 52-74.

⁵ " " " " 75-88.

⁶ " " " " 88-95.

⁷ " " " " 95-98.

QUARANTE-HUITIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (26 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 12 h. 59 à 16 h.)

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est levée à 18 h. 12.)

[Signatures.]

QUARANTE-NEUVIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (27 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES commence la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est suspendue de 12 h. 53 à 16 h.)

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est levée à 18 h.)

[Signatures.]

CINQUANTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (28 x 59, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est suspendue de 12 h. 56 à 16 h.)

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

Le PRÉSIDENT invite les Parties à se limiter aux considérations pertinentes en l'espèce.

M. TELLES continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est levée à 18 h. 04.)

[Signatures.]

¹ Voir vol. V, pp. 23-35.

² » » », » 35-48.

³ » » », » 49-51.

⁴ » » », » 52-74.

⁵ » » », » 75-88.

⁶ » » », » 88-95.

⁷ » » », » 95-98.

HEARINGS OF 29, 30 AND 31 OCTOBER 1959
 FIFTY-FIRST PUBLIC HEARING (29 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Telles.

M. TELLES concluded the speech reproduced in the Annex ¹.

The PRESIDENT, at the request of M. Telles, called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN began the speech reproduced in the Annex ².

(The Court adjourned from 12.56 p.m. to 4 p.m.)

M. BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court rose at 6.05 p.m.)

[Signatures.]

FIFTY-SECOND PUBLIC HEARING (30 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Bourquin.

M. BOURQUIN concluded the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court adjourned from 12.54 p.m. to 4 p.m.)

The PRESIDENT, at the request of M. Bourquin, called on M. Telles.

M. TELLES began the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court rose at 5.57 p.m.)

[Signatures.]

FIFTY-THIRD PUBLIC HEARING (31 x 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 x 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Telles.

M. TELLES concluded the speech reproduced in the Annex ⁶.

The PRESIDENT, after consulting the Agent for the Government of India, announced that the next hearing would take place on Tuesday, 3 November 1959, at 10.30 a.m.

(The Court rose at 11.49 a.m.)

[Signatures.]

¹ See Vol. V, pp. 98-109.

² " " " " 110-112.

³ " " " " 112-125.

⁴ " " " " 125-138.

⁵ " " " " 139-149.

⁶ " " " " 149-156.

CINQUANTE ET UNIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (29 x 59,
10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES termine la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Telles, donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est suspendue de 12 h. 56 à 16 h.)

M. BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est levée à 18 h. 05.)

[Signatures.]

CINQUANTE-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (30 x 59,
10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Bourquin.

M. BOURQUIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est suspendue de 12 h. 54 à 16 h.)

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Bourquin, donne la parole à M. Telles.

M. TELLES commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est levée à 17 h. 57.)

[Signatures.]

CINQUANTE-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (31 x 59,
10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 15 x 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Telles.

M. TELLES termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

Le PRÉSIDENT, après avoir consulté l'agent du Gouvernement de l'Inde, annonce que la prochaine audience aura lieu le mardi 3 novembre 1959 à 10 heures 30.

(L'audience est levée à 11 h. 49.)

[Signatures.]

¹ Voir vol. V, pp. 98-109.

² » » », » 110-112.

³ » » », » 112-125.

⁴ » » », » 125-138.

⁵ » » », » 139-149.

⁶ » » », » 149-156.

FIFTY-FOURTH PUBLIC HEARING (3 XI 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 X 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on the Agent for the Government of India.

Mr. SETALVAD, having explained that Mr. Waldock was prevented from attending the hearing owing to ill health and that Mr. Guggenheim had been called away, explained how his Government proposed to deal with this case in reply¹, and asked the President to call on M. Rolin.

The PRESIDENT called on M. Rolin.

M. ROLIN began the speech reproduced in the Annex².

(The Court adjourned from 1 p.m. to 4 p.m.)

M. ROLIN continued the speech reproduced in the Annex³.

(The Court rose at 6.03 p.m.)

[Signatures.]

FIFTY-FIFTH PUBLIC HEARING (4 XI 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 X 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Rolin.

M. ROLIN continued the speech reproduced in the Annex⁴.

(The Court adjourned from 12.59 p.m. to 4 p.m.)

M. ROLIN concluded the speech reproduced in the Annex⁵.

The PRESIDENT, at the request of M. Rolin, called on Mr. Setalvad.

Mr. SETALVAD began the speech reproduced in the Annex⁶.

(The Court rose at 5.59 p.m.)

[Signatures.]

FIFTY-SIXTH PUBLIC HEARING (5 XI 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 X 59, with the added exception of Judge Spiropoulos.]

The PRESIDENT opened the hearing. He announced that Judge Spiropoulos was prevented by ill-health from attending the hearing and called upon Mr. Setalvad.

Mr. SETALVAD continued the speech reproduced in the Annex⁷.

(The Court adjourned from 12.53 p.m. to 4 p.m.)

Mr. SETALVAD concluded the speech reproduced in the Annex⁸.

The PRESIDENT, at the request of Mr. Setalvad, called upon M. Rolin.

M. ROLIN began the speech reproduced in the Annex⁹.

(The Court rose at 6.03 p.m.)

[Signatures.]

¹ See Vol. V, p. 157.

² " " " pp. 158-172.

³ " " " " 172-184.

⁴ " " " " 185-201.

⁵ " " " " 201-209.

⁶ " " " " 210-212.

⁷ " " " " 212-224.

⁸ " " " " 224-229.

⁹ " " " " 230-236.

CINQUANTE-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (3 XI 59,
10 h. 30)*Présents*: [Voir audience du 15 X 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à l'agent du Gouvernement indien.

M. SETALVAD, après avoir expliqué que M. Waldoek était absent pour raison de santé et que M. Guggenheim était appelé à d'autres devoirs, annonce le plan adopté par son Gouvernement pour exposer sa réplique¹ et demande au Président de donner la parole à M. Rolin.

Le Président donne la parole à M. Rolin.

M. ROLIN commence la plaidoirie reproduits en annexe ².

(L'audience est suspendue de 13 h. à 16 h.)

M. ROLIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est levée à 18 h. 03.)

[Signatures.]

CINQUANTE-CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (4 XI 59,
10 h. 30)*Présents*: [Voir audience du 15 X 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Rolin.

M. ROLIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁴.

(L'audience est suspendue de 12 h. 59 à 16 h.)

M. ROLIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Rolin, donne la parole à M. Setalvad.

M. SETALVAD commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est levée à 17 h. 59.)

[Signatures.]

CINQUANTE-SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (5 XI 59, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 15 X 59, avec en outre l'exception de M. Spiropoulos, juge, absent.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience. Il annonce que M. Spiropoulos, souffrant, n'assistera pas à l'audience et donne la parole à M. Setalvad.

M. SETALVAD continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁷.

(L'audience est suspendue de 12 h. 53 à 16 h.)

M. SETALVAD termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁸.

Le PRÉSIDENT, à la demande de M. Setalvad, donne la parole à M. Rolin.

M. ROLIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁹.

(L'audience est levée à 18 h. 03.)

[Signatures.]

¹ Voir vol. V, p. 157.² » » » , pp. 158-172.³ » » » , » 172-184.⁴ » » » , » 185-201.⁵ » » » , » 201-209.⁶ » » » , » 210-212.⁷ » » » , » 212-224.⁸ » » » , » 224-229.⁹ » » » , » 230-236.

. FIFTY-SEVENTH PUBLIC HEARING (6 XI 59, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 15 X 59.]

The PRESIDENT opened the hearing and called on M. Rolin.

M. ROLIN continued the speech reproduced in the Annex ¹.

(The Court adjourned from 1 p.m. to 4 p.m.)

M. ROLIN concluded the speech reproduced in the Annex ².

The PRESIDENT called upon the Agent for the Government of India.

Mr. SETALVAD made the speech reproduced in the Annex ³.

The PRESIDENT, noting that the Parties had concluded the presentation of their case, declared the hearings closed.

(The Court rose at 6.02 p.m.)

[Signatures.]

 YEAR 1960

FIRST PUBLIC HEARING (12 IV 60, 4.30 p.m.)

Present: President KLAESTAD; Vice-President ZAFRULLA KHAN; Judges BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, Sir Percy SPENDER; Judges ad hoc CHAGLA and FERNANDES; Deputy-Registrar GARNIER-COIGNET.

The Government of Portugal was represented by:

Dr. João de Barros FERREIRA DA FONSECA, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Portugal to the Netherlands, *as Agent;*

assisted by:

Prof. Inocêncio GALVÃO TELLES, Director of the Faculty of Law of the University of Lisbon, Member of the Upper House, *as Agent, Advocate and Counsel;*

Prof. Maurice BOURQUIN, Professor at the Faculty of Law of the University of Geneva and at the Graduate Institute of International Studies, *as Advocate and Counsel;*

and

Dr. Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, Secretary of the Embassy of Portugal at The Hague, *as Secretary.*

The Government of India was represented by:

Shri Raj Krishna TANDON, Ambassador of India to the Netherlands *as Agent;*

assisted by:

Mr. G. L. PURI, First Secretary of the Embassy of India at The Hague.

¹ See Vol. V, pp. 236-252.

² " " " " 252-261.

³ " " " " 262-263.

CINQUANTE-SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (6 XI 59,
10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 15 X 59.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à M. Rolin.

M. ROLIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est suspendue de 13 h. à 16 h.)

M. ROLIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ².

Le PRÉSIDENT donne la parole à l'agent du Gouvernement de l'Inde.

M. SETALVAD prononce les paroles reproduites en annexe ³.

Le PRÉSIDENT, constatant que les Parties ont terminé leurs plaidoiries, prononce la clôture des débats.

(L'audience est levée à 18 h. 02.)

[Signatures.]

ANNÉE 1960

PREMIÈRE AUDIENCE PUBLIQUE (12 IV 60, 16 h. 30)

Présents : M. KLAESTAD, *Président* ; M. ZAFRULLA KHAN, *Vice-Président* ; MM. BASDEVANT, HACKWORTH, WINIARSKI, BADAWI, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, MORENO QUINTANA, CÓRDOVA, WELLINGTON KOO, SPIROPOULOS, sir Percy SPENDER, *Juges* ; MM. CHAGLA et FERNANDES, *Juges ad hoc* ; M. GARNIER-COIGNET, *Greffier adjoint*.

Le Gouvernement du Portugal est représenté par :

M. le D^r João de Barros FERREIRA DA FONSECA, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire du Portugal à La Haye, *en qualité d'agent* ;

assisté de :

M. le professeur D^r Inocêncio GALVAO TELLES, directeur de la faculté de droit de l'Université de Lisbonne, membre de la Chambre Haute, (Câmara Corporativa), *en qualité d'agent, avocat et conseil* ;

M. le professeur Maurice BOURQUIN, professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève et à l'Institut universitaire de hautes études internationales, *en qualité d'avocat et conseil* ;

et

M. le D^r Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, secrétaire de l'ambassade du Portugal à La Haye, *en qualité de secrétaire*.

Le Gouvernement de l'Inde est représenté par :

Shri Raj KRISHNA TANDON, ambassadeur de l'Inde aux Pays-Bas, *comme agent* ;

assisté de :

M. G. L. PURI, premier secrétaire à l'ambassade de l'Inde à La Haye

¹ Voir vol. V, pp. 236-252.

² " " " , " 252-261.

³ " " " , " 262-263.

The PRESIDENT opened the hearing and declared that the Court had met to deliver its Judgment in the case concerning right of passage over Indian territory brought before the Court on the Application of Portugal against India.

He asked the Vice-President to be good enough to read the English text of the Judgment.

The VICE-PRESIDENT read the Judgment ¹.

The PRESIDENT asked the Deputy-Registrar to read the operative part of the Judgment in French.

The DEPUTY-REGISTRAR read the operative clause in French.

The PRESIDENT announced that the President and Judges Basdevant, Badawi, Kojevnikov and Spiropoulos had appended Declarations ² to the Judgment of the Court, that Judge Wellington Koo had appended to the Judgment of the Court a statement of his Separate Opinion ³, that Judges Winiarski and Badawi had appended to the Judgment of the Court a statement of their Joint Dissenting Opinion ⁴ and that Judges Armand-Ugon, Moreno Quintana and Sir Percy Spender and Judges *ad hoc* Chagla and Fernandes had appended to the Judgment of the Court statements of their Dissenting Opinions ⁵.

The President closed the hearing.

(The Court rose at 5.30 p.m.)

(Signed) Helge KLAESTAD,
President.

(Signed) GARNIER-COIGNET,
Deputy-Registrar.

¹ See *I.C.J. Reports 1960*, pp. 6-46.

² „ *ibid.*, pp. 47, 48-49, 50-51, 52, 53.

³ „ „ „ „ 54-68.

⁴ „ „ „ „ 69-75.

⁵ „ „ „ „ 76-87, 88-96, 97-115, 116-122, 123-124.

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et déclare que la Cour est réunie pour rendre son arrêt en l'affaire du droit de passage sur territoire indien, introduite devant la Cour par requête du Portugal contre l'Inde.

Il prie le Vice-Président de bien vouloir donner lecture du texte anglais de l'arrêt.

Le VICE-PRÉSIDENT donne lecture de l'arrêt ¹.

Le PRÉSIDENT invite le Greffier adjoint à donner lecture du dispositif de l'arrêt en langue française.

Le GREFFIER ADJOINT lit le dispositif en français.

Le PRÉSIDENT annonce que le Président et MM. Basdevant, Badawi, Kojevnikov et Spiropoulos, juges, ont joint à l'arrêt des déclarations ², que M. Wellington Koo, juge, a joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle ³, que MM. Winiarski et Badawi, juges, ont joint à l'arrêt l'exposé commun de leur opinion dissidente ⁴ et que MM. Armand-Ugon, Moreno Quintana et sir Percy Spender, juges, et MM. Chagla et Fernandes, juges *ad hoc*, ont joint à l'arrêt les exposés de leurs opinions dissidentes ⁵.

Le Président lève l'audience.

(L'audience est levée à 17 h. 30.)

Le Président,
(Signé) Helge KLAESTAD.

Le Greffier adjoint,
(Signé) GARNIER-COIGNET.

¹ Voir *C. I. J. Recueil 1960*, pp. 6-46.

² „ *ibid.*, pp. 47, 48-49, 50-51, 52, 53.

³ „ „ „ „ 54-68.

⁴ „ „ „ „ 69-75.

⁵ „ „ „ „ 76-87, 88-96, 97-115, 116-122, 123-144.

**ANNEX TO THE MINUTES
ANNEXE AUX PROCÈS-VERBAUX**

1. PLAIDOIRIE DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)

AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 21 ET 22 SEPTEMBRE 1959

[Audience publique du 21 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

C'est la seconde fois que le Gouvernement portugais a l'honneur de se faire représenter devant cette haute instance, à laquelle a été confiée la très noble mission de veiller sur l'intégrité et le respect de l'ordre juridique international en rendant la justice dans les litiges entre États.

Dès la création de l'institution qui précéda la Cour devant laquelle nous comparaissons, c'est-à-dire la Cour permanente de Justice internationale, le Portugal s'empressa d'accepter sa juridiction. Devenu Membre des Nations Unies, il agit de même, en se soumettant à la juridiction de la Cour internationale de Justice. Mais il n'était intervenu dans aucun procès, ni comme demandeur ni comme défendeur, avant celui qui l'oppose actuellement à l'Union indienne.

Le Portugal a déjà eu l'occasion, dans ce litige, de faire entendre sa voix, devant cet illustre aréopage, par l'intermédiaire de ses représentants, au cours des plaidoiries auxquelles ont donné lieu les six exceptions préliminaires opposées par le Gouvernement indien à la demande portugaise. Aujourd'hui comme alors, c'est à moi qu'échoit la mission — dont je m'acquitte avec le plus vif plaisir — de présenter aux Membres de cette illustre institution l'expression de la plus haute considération du Gouvernement portugais, à laquelle je me permets de joindre celle de la mienne propre. Je salue aussi les éminents collègues que je rencontre de l'autre côté de la barre.

Depuis le jugement des exceptions préliminaires, un triste événement a endeuillé la Cour. La mort a emporté l'homme de loi insigne que fut le juge Guerrero. En exprimant les condoléances senties du Gouvernement portugais et les miennes, je m'incline respectueusement devant cette grande mémoire.

Je me propose, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de présenter ici quelques considérations préliminaires ayant pour objet principal d'indiquer sommairement les motifs qui ont déterminé le Portugal à introduire la présente instance contre l'Union indienne et les fondements de son droit, et en outre d'indiquer le plan que suivront les représentants du Gouvernement portugais dans l'exposé de l'affaire. Considérations nécessaires pour la compréhension intégrale de tout ce qui va suivre au long des plaidoiries.

La Cour a statué sur les exceptions indiennes par son arrêt du 26 novembre 1957, dans lequel elle a décidé de rejeter définitivement les quatre premières d'entre elles et de suspendre la décision sur les deux dernières en la reportant au moment du jugement du litige au fond. Voici venu le temps de commencer les plaidoiries auxquelles ce jugement fera suite. Je crois fermement que les débats confirmeront ce qui ressort

déjà du dossier : le bien-fondé de la demande portugaise et le manque de base des cinquième et sixième exceptions indiennes.

Quelles sont les raisons qui ont contraint le Portugal à saisir la Cour de cette requête contre l'Union indienne ?

Il existe, dans la zone côtière de la péninsule hindoustane, certains territoires dispersés qui sont depuis longtemps — pour la plupart depuis le XVI^{me} siècle — partie intégrante du Portugal. L'ensemble de ces territoires est dénommé, dans l'ordre interne portugais : « État portugais de l'Inde ». C'est là une appellation traditionnelle dont l'origine remonte au XVI^{me} siècle, mais qui ne correspond pas à la reconnaissance de la personnalité internationale de cet ensemble.

Comme on le voit sur la carte n° 1, placée à la fin du mémoire portugais, ces territoires sont divisés en trois districts, un au sud, le district de Goa, deux au nord, les districts de Damão et de Diu. Comme le district le plus étendu est celui de Goa, on donne parfois ce nom à l'ensemble des territoires portugais de l'Hindoustan : mais ce sens large du terme est, dirions-nous, conventionnel.

Le district de Damão est seul en cause dans le litige actuel. On en trouvera aussi la reproduction cartographique dans la poche de la couverture à la fin du mémoire portugais : c'est la carte n° 2.

Ce district n'a pas d'unité géographique. Il comprend deux arrondissements : celui de Damão proprement dit, chef-lieu Damão, et celui de Nagar-Aveli, chef-lieu Vila Paço d'Arcos ou Silvassa, connu dans l'histoire sous le nom de Praganah de Nagar-Aveli.

Le premier arrondissement est constitué par une zone côtière, et l'on peut donc y accéder par mer. Mais le second se compose de deux zones situées à l'intérieur, dont chacune se trouve complètement entourée de territoires de l'Union indienne ; on ne peut donc accéder à ces dernières qu'en traversant ceux-ci. Les deux régions intérieures, qui forment *des enclaves parfaites*, sont Dadrá et Nagar-Aveli proprement dits.

Dadrá et Nagar-Aveli sont de peu d'étendue ; les distances qui les séparent l'un de l'autre et de Damão littoral sont courtes. La longueur de la route qui relie la frontière orientale de Damão à la frontière occidentale de Dadrá n'est que de 10 km. 400 et celle qui relie la frontière orientale de Dadrá à la frontière occidentale de Nagar-Aveli de 2 km. 800 : le parcours total à effectuer en territoire indien pour établir la liaison, par route, entre ces différentes parcelles du Portugal n'est donc que de 13 km. 200. A vol d'oiseau la distance est évidemment encore plus courte. On aura une plus exacte notion de l'étendue de ces territoires et de ces distances en les comparant à l'immensité de l'Union indienne et en songeant que de Damão on voit à l'œil nu la plus éloignée des enclaves, Nagar-Aveli.

Notre souveraineté sur les différentes parties du district de Damão est incontestable et incontestée.

Le drapeau portugais flotte sur Damão littoral depuis le XVI^{me} siècle. De leur côté, Dadrá et Nagar-Aveli sont devenues portugaises au cours du XVIII^{me}, entre 1783 et 1785, par suite et en exécution du troisième Traité de Punem, conclu en 1779 entre le Portugal et l'État maharatte.

Sur ce dernier point, c'est-à-dire sur l'acquisition par le Portugal de Dadrá et de Nagar-Aveli, les Gouvernements portugais et indien sont en désaccord. La thèse que nous formulons est, à mon sens, celle qui est conforme à la réalité aussi bien historique que juridique, comme cela

ressort de nos écritures et comme nous essaierons de le démontrer encore dans ces débats.

C'est à tort que le Gouvernement indien combat cette thèse. Il soutient que Dadrá et Nagar-Aveli ne passèrent sous la souveraineté portugaise que plus tard et autrement que par voie de convention. Nous discuterons ce problème ultérieurement. Pour l'instant, il nous suffit d'enregistrer, et de bien faire remarquer, que l'Union indienne reconnaît — et elle ne pouvait faire autrement — qu'il y a un moment à partir duquel lesdits territoires sont devenus portugais.

Souverain en même temps de Damão, de Dadrá et de Nagar-Aveli, le Portugal a acquis de ce seul fait — et conserve — le droit au passage, entre les différents morceaux de son territoire (géographiquement séparés mais juridiquement unis), du personnel et du matériel nécessaires à l'exercice régulier de son autorité sur les enclaves.

Dans la réalité, dès qu'il eut pris possession de celles-ci jusqu'à une date récente, le Portugal a toujours eu accès à Dadrá et à Nagar-Aveli. Pendant cette longue période, son droit à cet accès n'a jamais été *nié*, ni *violé*, ni *menacé*, ni même mis en doute, par les différents États qui exercèrent successivement leur souveraineté sur les territoires limitrophes — c'est-à-dire d'abord l'Empire mahratte, puis la Grande-Bretagne et en dernier lieu l'Union indienne elle-même.

Celle-ci, au début, s'en tint fidèlement à la ligne de conduite traditionnelle. Elle n'en changea qu'en 1953, après s'être convaincue que notre Gouvernement n'accéderait pas à ses demandes réitérées d'acquérir, par transfert direct, les territoires portugais de l'Hindoustan. L'évolution de son attitude relativement au transit (qui nous avait toujours été assuré) entre les territoires du district de Damão — évolution dont le terme fut la suppression totale de ce transit — fait partie du programme de l'Union indienne, clairement et officiellement exprimé, d'annexion ou d'absorption de Goa, de Damão et de Diu. Son changement d'attitude ne fut qu'un moyen au service de ce programme.

La réaction du Gouvernement indien devant le refus légitime du Gouvernement portugais de lui céder les territoires et les populations portugaises de l'Hindoustan — refus dicté par des impératifs d'ordre historique, moral et même d'ordre constitutionnel intérieur — est connue. Cette réaction se traduisit par l'acte inamical de la fermeture de sa légation à Lisbonne, sous prétexte que celle-ci avait perdu son utilité pratique à partir du moment où notre Gouvernement s'opposait au transfert de territoire réclamé: comme si le but des légations était de proposer et d'obtenir l'acquisition de territoires des États auprès desquels elles sont accréditées.

Il s'ensuivit de la part de l'Union indienne, en dehors de divers autres actes et procédés sans rapport avec ce litige, toute une série de mesures restrictives du transit entre Damão et les enclaves. Celles-ci, par leur condition géographique même, constituaient un objectif particulièrement propice au développement du programme annexionniste indien. Ces mesures restrictives eurent pour effet de rendre graduellement plus difficile l'administration des enclaves.

Puis survinrent les graves événements dont Dadrá et Nagar-Aveli furent le théâtre et les victimes, fin juillet et début août 1954. Des bandes, venues du territoire de l'Union indienne, comme elle-même le reconnaît, pénétrèrent dans les enclaves portugaises. Il y eut emploi de la force et effusion de sang. Les autorités portugaises locales, ne disposant que de

faibles moyens de défense, ne purent opposer de résistance prolongée. Aucun renfort ne put leur être envoyé: l'Union indienne avait totalement coupé les communications entre Damão et les enclaves et, sans tenir compte des réclamations pressantes et réitérées du Portugal, avait obstinément refusé de rendre cet envoi possible, comme il rendit impossible le rétablissement de l'ordre légal après sa violation.

Les autorités portugaises de Dadrá et de Nagar-Aveli éliminées, les envahisseurs, assurés d'avoir le champ libre dans les enclaves grâce à l'attitude du Gouvernement indien, purent y instaurer et y maintenir une administration *de fait*. Mais la situation illégale ainsi créée n'affecte en rien le droit de souveraineté du Portugal sur ces territoires. Il est impossible de douter — et l'Union indienne elle-même n'en doute pas — de la souveraineté du Portugal sur les enclaves et du fait que c'est le Gouvernement portugais qui représente *de jure* pour ces contrées l'État souverain. L'État portugais se trouve privé de l'exercice effectif de la souveraineté sur les enclaves, mais celle-ci, légitimement, continue à lui appartenir.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, tels sont, brièvement rapportés, les faits qui ont poussé le Portugal à introduire la présente instance contre l'Union indienne.

Quel droit revendique le Portugal? Il revendique *le droit de passage* par la contrée qui sépare Damão, Dadrá et Nagar-Aveli pour assurer la liaison entre ces parties du territoire portugais et pour permettre ainsi l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur les enclaves.

Il s'agit d'un droit enserré dans d'étroites limites. Il est borné par les conditions géographiques que j'ai rappelées il y a quelques instants; il l'est aussi par le but que je viens d'énoncer.

De plus, ce droit, que le Portugal demande à la Cour de lui reconnaître, n'implique aucun démembrement en sa faveur de la souveraineté sur le territoire par lequel s'exécute le passage. Cette souveraineté appartient exclusivement à l'Union indienne, ainsi que la totalité de ses attributs. A l'intérieur de ses frontières, il n'y a que l'Union indienne qui puisse légiférer, juger, administrer, réglementer; il n'y a qu'elle, en somme, qui puisse agir comme souverain.

Le Portugal ne prétend en rien participer à cette souveraineté. Le Portugal ne se considère pas comme ayant le droit de faire passer des personnes et des biens par le territoire indien en vertu de prérogatives souveraines qui lui appartiendraient à l'intérieur de ce territoire. Là, le souverain unique, c'est l'Union indienne.

Mais l'Union indienne, précisément dans l'exercice de sa compétence territoriale exclusive, a, vis-à-vis du Portugal, l'*obligation* de ne pas s'opposer au passage, dans les limites strictes que nous venons de définir. Nous ne possédons pas un droit de souveraineté, concurremment avec la souveraineté indienne, mais un droit international, auquel correspond, pour l'Union indienne, l'*obligation de laisser passer*.

D'autre part, le Portugal ne revendique aucune sorte d'*immunité* en faveur de son droit. C'est-à-dire que le Portugal ne prétend pas que le passage des personnes et des biens, nécessaires à la liaison avec les enclaves, soit soustrait, de quelque manière que ce soit, à la compétence territoriale indienne.

Droit de passage, oui, mais droit sans immunité. C'est à l'Union indienne, en tant que Puissance souveraine du territoire par lequel s'éf-

fectue le passage, qu'il appartient de régler et de contrôler celui-ci à tous les points de vue. Une seule chose lui est juridiquement impossible, son obligation vis-à-vis du Portugal s'y opposant : c'est d'interdire le passage ou de l'empêcher dans la pratique, au moyen de cette réglementation et de ce contrôle; car, le faisant, elle viole cette obligation et en encourt la responsabilité.

L'Union indienne doit concilier l'exercice de son droit de souveraineté, qui ne subit ni amputation ni partage, avec l'accomplissement de son obligation de laisser passer. Sa compétence territoriale, ou juridiction *interne*, est *exclusive* puisqu'elle n'est soumise à la concurrence d'aucune autre compétence ou juridiction; mais elle n'est pas *discrétionnaire* puisqu'elle est subordonnée à l'obligation *internationale* de « laisser-passer ».

Telle est, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la façon dont se présente, et c'est à quoi se réduit, dans ses grandes lignes, le droit réclamé par le Portugal. Et c'est ce droit limité que le Portugal désire voir reconnu et déclaré par la haute instance internationale à laquelle il soumet le litige actuel.

Ce n'est d'ailleurs pas seulement le Portugal qui a le droit d'accès aux enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli. L'Union indienne a le droit, de son côté, d'accéder à son enclave de Mechval, située à l'intérieur de Nagar-Aveli.

De même que, au cours de l'histoire, les communications des Portugais avec Dadrá et Nagar-Aveli ont toujours été assurées, de même celles des Indiens et de leurs prédécesseurs avec Mechval, en passant par Nagar-Aveli, l'ont-elles toujours été.

Le Portugal ne s'est jamais opposé à l'exercice du droit de passage à ce petit territoire enclavé dans le sien. Et du jour où l'Union indienne, comme c'est son devoir, permettra au Portugal le rétablissement de ses liaisons avec les enclaves, le Portugal automatiquement lui permettra l'accès à Mechval, comme il n'a jamais cessé de le permettre dans le passé.

Le droit de passage du Portugal, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, découle de différentes sources de droit international; il se base sur différents titres.

L'un quelconque de ces titres à lui seul — il convient de le souligner — suffirait à justifier notre demande et à déterminer son bien-fondé. Mais, superposés les uns aux autres, ils rendent la position portugaise, si c'est possible, encore plus solide. Il y a là une coïncidence ou une convergence de titres ou de sources qui se renforcent réciproquement.

La demande du Portugal, en effet, s'appuie aussi bien sur les règles du droit international *général*, applicable aux relations entre la généralité des États, que sur celles du droit international *particulier*, applicables aux relations entre les États intéressés dans ce litige : à savoir le Portugal et l'Union indienne.

En d'autres termes, notre droit de passage émane, en même temps, de titres généraux et de titres particuliers. Les titres généraux sont les *principes généraux du droit* et la *coutume générale*; les titres particuliers sont les *conventions* et la *coutume locale*. Les différentes sources de droit énumérées à l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour ont donc pleine application.

Les principes généraux du droit consacrent le droit d'accès aux enclaves.

Entre ces principes, il en figure un qui se déduit de la similitude des systèmes juridiques internes. De même qu'un particulier, propriétaire d'un terrain enclavé, a le droit d'accéder à ce terrain pour pouvoir y exercer ses prérogatives de propriétaire, de même l'État souverain d'un

territoire enclavé a le droit d'accéder à ce territoire, pour pouvoir y exercer les attributs de sa souveraineté.

Il faut signaler encore d'autres principes, inhérents à la structure même de l'ordre juridique international, qui aboutissent au même résultat ; parmi eux, il faut mettre en relief ceux contenus dans la notion de souveraineté. Le respect de la souveraineté d'un État sur ses propres territoires, quand ils sont enclavés dans un autre État, impose indubitablement à ce dernier l'obligation d'en rendre possible l'accès. Sans cet accès, le titulaire de la souveraineté sur les enclaves ne pourrait l'y exercer.

L'existence de l'obligation de laisser passer ne signifie, pour l'État voisin des enclaves, rien d'autre qu'une simple limitation de l'exercice de sa souveraineté. Mais, au contraire, si cette obligation n'existait pas, ce serait pour l'autre État la suppression pratique de sa souveraineté sur les enclaves.

Entre une limitation de l'exercice de la souveraineté et une annulation de celle-ci, on ne peut hésiter : il faut opter pour le premier terme. Le droit international ne légitime pas une prétention telle que celle de l'Union indienne, dont le résultat pratique serait précisément de réduire à néant la souveraineté portugaise sur Dadrá et sur Nagar-Aveli.

Les autres sources qui consacrent notre droit d'accès à ces territoires ne sont autre chose que le reflet, que l'application de ces principes généraux.

Tel est le cas, toujours dans le plan du droit international, de la coutume générale, appuyée sur la pratique historique et sur la pratique actuelle qu'observent les États souverains d'enclaves et les États souverains des territoires environnant celles-ci, dans leurs relations réciproques.

Cette pratique montre que ces derniers États permettaient, et permettent, aux premiers le passage indispensable à l'exercice de la souveraineté dans ces enclaves ; ils le faisaient, et ils le font, non pour de simples considérations d'opportunité politique, mais par la conviction qu'ils ont de la nécessité de ce passage, nécessité d'ailleurs évidente.

Dans un plan encore plus concret, celui des normes juridiques applicables spécifiquement aux relations entre le Portugal et l'Union indienne, le droit de passage, *en question ici*, trouve aussi un solide fondement. Il possède en même temps une base conventionnelle et une base consuetudinaire.

Le droit mentionné émane du titre même qu'on trouve à l'origine du transfert de Dadrá et de Nagar-Aveli à notre souveraineté : le Traité de Punem de 1779.

Par ce traité, les Mahrattes nous cédèrent des territoires géographiquement indéterminés, c'est-à-dire des territoires dont l'identification ne fut pas tout d'abord définie. Les territoires sur lesquels se matérialiserait le transfert devraient donc être l'objet d'un choix postérieur. Ce choix fut fait au moyen de deux actes successifs et complémentaires, en 1783 et 1785. Dans le traité, on n'avait énoncé que le critère quantitatif, de caractère financier, auquel il devait obéir : il devait porter sur des terres produisant annuellement dans leur ensemble un revenu fiscal de 12.000 roupies.

Le choix fait en 1783 et 1785 offrit cependant la particularité suivante : il tomba sur des terres, très proches, certes, de notre territoire de Damão, mais en tout cas séparées de lui, ainsi que du reste du Portugal. Ces terres devinrent portugaises en exécution du Traité de 1779 et acquirent ainsi, en même temps, la condition juridique d'enclaves.

Ce traité, sous peine de rester vide de tout contenu, ne pouvait manquer de nous assurer les moyens indispensables à l'exercice de la souveraineté qu'il nous transmettait; ces moyens se concrétisèrent nécessairement en un droit d'accès aux enclaves, une fois que la souveraineté transmise se fût objectivée dans celles-ci. Quelle signification, quel contenu utile, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, aurait offert un traité qui eût attribué des droits non susceptibles d'être exercés, comme l'auraient été les droits portugais sur Dadrá et Nagar-Aveli sans la garantie juridique de pouvoir accéder à ces territoires par l'espace étranger intermédiaire?

Cette garantie — toujours dans le champ des titres particuliers — n'est pas tirée seulement du Traité de 1779, corroboré par des accords postérieurs; elle provient aussi d'une longue pratique régionale, inaugurée dès que les terres de Nagar-Aveli et de Dadrá devinrent nôtres, et qui ne fut suspendue, contre notre volonté, qu'en 1954.

Ladite pratique se traduit par un transit constant, comme moyen nécessaire à l'exercice de l'administration portugaise des enclaves, transit accompagné de la conviction de sa nécessité. Ainsi se forma une coutume locale qui, à la ressemblance des autres sources juridiques énoncées, et les corroborant, lie l'Union indienne et permet par conséquent de qualifier d'illicite l'attitude qu'elle a adoptée et qu'elle conserve.

La réglementation de l'exercice du droit de transit — modalités, formes, conditions — a naturellement varié au gré des circonstances historiques. Mais ces variations n'atteignent en rien le droit de transit dans son essence, parce que le *droit* en soi est une chose, et que son *régime* en est une autre.

Quelle que soit la lumière à laquelle on examine son titre, le droit revendiqué par le Portugal se présente toujours comme solidement fondé.

Et c'est bien vraiment d'un droit qu'il s'agit. La demande du Portugal se situe dans le domaine du droit positif et non dans celui de la simple équité ou de l'opportunité.

Ce n'est pas *ex aequo et bono* que le Portugal demande à la Cour de statuer, mais selon le droit constitué. Ce n'est pas au paragraphe 2 de l'article 38 du Statut de la Cour qu'il fait appel, mais au paragraphe 1 dudit article. D'ailleurs, si son intention avait été d'obtenir un règlement *ex aequo et bono*, l'assentiment de l'Union indienne lui aurait été nécessaire, puisque l'accord des Parties est la condition *sine qua non* de cette sorte de règlement.

En un mot, le Portugal ne sollicite pas une décision *extra-juridique*, mais une décision *juridique*. Il ne demande pas que la Cour crée le droit: il demande qu'elle le proclame, qu'elle exerce sa fonction juridictionnelle, c'est-à-dire, précisément, la fonction de dire le droit, *jus dicere*.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les faits qui intéressent le litige actuel s'étendent sur plus de deux siècles.

On peut les grouper en trois époques: la *période mahratte*, de 1739 à 1818; la *période britannique*, de 1818 à 1947; la *période post-britannique*, à partir de 1947. Cette division correspond à la succession des souverainetés sur les territoires étrangers entourant Damão et les enclaves. Le fait qui clôt la première époque et ouvre la seconde est le transfert de la souveraineté de l'Empire mahratte à la Grande-Bretagne; et celui qui sépare la seconde de la troisième est la proclamation de l'indépendance de l'Union indienne.

C'est pendant la première période que, par la conclusion et l'exécution du Traité de 1779, nous avons acquis la souveraineté sur les enclaves et, en même temps, le droit d'accès à celles-ci. Mais dans sa signification historico-juridique, cette période remonte en fait à 40 ans auparavant, puisque c'est en 1739, avec le Traité de Raia, que débutent les événements qui aboutirent au transfert de la Praganah de Nagar-Aveli à notre souveraineté et puisque c'est par leur considération que ce transfert s'explique avec clarté, comme réalité parfaitement logique et naturelle.

L'examen des faits qui remplissent ce vaste espace de temps montre que c'est à un certain moment de son écoulement que notre droit de passage s'est constitué; que ce droit fut exercé pacifiquement jusqu'à une date récente; et que c'est seulement pendant les dernières années — depuis 1954 — que l'Union indienne en a empêché l'exercice.

La simple formation des enclaves sous la souveraineté portugaise suffirait à nous donner le droit de passage, par application automatique, à cette situation, des normes du droit international commun — principes généraux et coutume générale — qui assurent le droit d'accès aux territoires enclavés. Mais des titres particuliers — conventions et coutume locale — qui corroborent les titres généraux comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire, découlent aussi des faits; et ceux-ci, dans la phase finale de leur évolution, constituèrent la violation dont notre droit a été et continue d'être victime.

En un mot, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'analyse des faits témoigne, d'un côté, de la *constitution* et de l'*exercice* de notre droit, et de l'autre, de sa *violation*.

La période mahratte est la période initiale de formation; la période britannique est la période intermédiaire, de transition; la période post-britannique, la dernière, est la période de crise. Pendant la première époque se forme la pratique qui s'est prolongée jusqu'à nous; dans la dernière, et à partir d'un certain moment, le Gouvernement indien, unilatéralement, rompt avec cette pratique et détermine le conflit actuel. Au cours de l'époque intermédiaire, l'état de choses antérieur ne fait que se prolonger et être corroboré.

La Partie adverse affirme au paragraphe 1 de sa duplique (contra-dictoirement d'ailleurs à certaines de ses affirmations précédentes) que la demande portugaise présente un caractère essentiellement historique. Ce n'est pas exact. Le caractère de la demande portugaise est incontestablement, dans son essence, juridique. Il est évident que le Gouvernement portugais a dû recourir à l'Histoire, mais il ne l'a fait que dans la limite où ce recours devenait nécessaire à la démonstration des sources particulières de son droit. Et même s'il avait failli à cette démonstration (ce qu'on n'avance qu'à titre de raisonnement), n'importe laquelle des sources générales suffirait, en soi, à justifier le bien-fondé de sa demande.

Dans ce chapitre des faits, le Gouvernement indien, au sujet de leur exposé et de la présentation des documents tendant à les étayer, a émis, à plusieurs reprises, des affirmations et des accusations qui pourraient établir une confusion sur ce qui, d'autre part, est parfaitement simple et clair. Ces affirmations et accusations sont contenues spécialement dans le paragraphe 63 des exceptions préliminaires, dans le paragraphe 50 du contre-mémoire, dans la lettre de l'agent indien du 12 août 1958 adressée au Greffe de la Cour, et dans le paragraphe 1 de la duplique.

Le Gouvernement portugais a déjà répondu, à plusieurs reprises, à ces allégations en démontrant leur mal-fondé: il l'a fait, en particulier,

au moyen de ses représentants, dans leurs plaidoiries sur les exceptions préliminaires (comme on le constate dans la procédure orale, aux pages 107 et 184-185, ainsi que dans la réplique, aux paragraphes 32 et 33). Cependant, le Gouvernement indien a répété ses allégations en passant sous silence notre réfutation, comme si celle-ci n'existait pas. Ceci nous oblige à réexpliquer ce qu'autrement nous devrions considérer comme déjà complètement éclairci.

Le Gouvernement indien nous accusait, avant notre réplique, d'avoir produit trop peu de preuves; il est arrivé, après celle-ci (voir sa lettre du 12 août 1958) à nous accuser d'en avoir produit en trop grande abondance. La vérité nous oblige à dire que ces deux accusations du Gouvernement indien, contradictoires en apparence, se réduisent fondamentalement, si je les comprends bien, à une seule — à savoir que nous avons réservé pour la réplique des preuves que, d'après lui, nous aurions dû produire déjà dans le mémoire.

Cette critique est complètement injuste et dénuée de fondement. La réalité est fort différente de ce que prétend faire supposer la Partie adverse.

Quand nous avons élaboré notre mémoire, la préoccupation de ne mettre en relief que l'essentiel nous a dominés. Nous avons voulu éviter de nous perdre dans l'accessoire et surtout de nous égarer hors du terrain du litige par des incursions dans des domaines étrangers. C'est d'ailleurs ce critère qui a continué, et qui continue, à nous orienter. Toute l'organisation de nos preuves, notamment, lui obéit.

Le Gouvernement indien, dans ses exceptions préliminaires, en essayant, par sa cinquième exception, de forcer à une discussion prématurée de la question au fond, a élevé dès ce moment, au sujet de cette question, une série de problèmes nouveaux et a produit une documentation volumineuse. Ce n'était évidemment pas le moment opportun pour entrer dans un débat approfondi de ces problèmes: ils dépassaient en eux-mêmes le cadre des exceptions préliminaires. La Cour le comprit ainsi et remit l'appréciation de la cinquième exception à la phase actuelle, où le fond même du litige est en cause.

Le procès des exceptions préliminaires terminé, et le cours du procès principal, qui s'était trouvé suspendu, rétabli, l'Union indienne présenta son contre-mémoire. Dans celui-ci, elle réédita et développa les thèses qu'elle avait défendues à propos de la question du fond, dans les exceptions préliminaires. L'occasion, pour le Portugal, d'affronter dans leur ensemble, de façon systématique, ces thèses était alors, statutairement, venue. C'est ce qu'il fit dans sa réplique.

L'Union indienne — comme nous l'avons dit plus haut — souleva dans sa défense de nombreux problèmes nouveaux. Certains d'entre eux s'accordent avec une interprétation correcte de la demande portugaise: c'est le cas de ceux relatifs à la valeur et à la portée du Traité de 1779. Mais, dans leur plus grande partie, ils s'inspirent d'une entente déformée de notre demande; et incompréhensiblement ces problèmes continuèrent à occuper l'attention de la Partie adverse même après que nous eûmes dissipé l'erreur dans laquelle, sans qu'il y eut de notre faute, elle était tombée.

Le Gouvernement indien, par d'interminables allégations et d'innombrables documents, s'acharne à démontrer que nous ne jouissons pas d'un droit d'immunité pour nous rendre dans les enclaves. Or ceci n'est pas en cause: ce n'est pas ce droit que nous revendiquons, mais, purement et simplement, celui de passage.

Quoi qu'il en soit, la nécessité de répondre à toutes ces questions, ou tout au moins d'écartier les doutes et les confusions qui pourraient en découler, nous a forcés — sans perdre de vue le critère de synthèse dans l'exposition et de pertinence dans l'organisation des preuves — à augmenter le volume de la réplique et de ses annexes. Ceci sans parler du résultat des recherches réalisées à la suite des premières faites, dans le cadre des directives auxquelles celles-ci avaient obéi.

Mais qu'y a-t-il là d'étrange? Qu'y a-t-il d'anormal à ce que la réplique soit plus volumineuse que le mémoire? N'est-il pas normal, au contraire, que les matériaux deviennent plus denses à mesure qu'on avance dans le débat? N'est-ce pas là une réalité d'observation courante? La même chose ne s'est-elle pas produite chez nos illustres adversaires?

Ceux-ci s'étonnent notamment de ce que nous n'ayons pas produit certains documents, essentiels à leurs yeux, comme le *Traité anglo-portugais de 1878*. A cet égard la seule réponse à faire est celle déjà faite par mon éminent collègue, Monsieur le professeur Maurice Bourquin, dans sa plaidoirie du 3 octobre 1957 (procédure orale, p. 185):

« Mais nous différons complètement d'avis avec eux sur ce point. S'ils veulent faire état de ces événements pour combattre notre façon de voir, ils sont naturellement libres de le faire. Mais ils ne peuvent pas nous reprocher, en tout cas, de n'avoir pas pris l'initiative de produire des documents qui, à nos yeux, sont sans rapport avec l'objet du litige. »

Notons que le Gouvernement indien, qui dans sa lettre du 12 août 1958 se plaignait de l'étendue de notre réplique et de l'abondance des preuves annexées à celle-ci, étendue et abondance qui — disait-il — l'obligeaient à demander une prorogation de délai, accuse maintenant dans sa duplique ces preuves d'être tendancieuses et fragmentaires.

C'est là une assertion toute gratuite, et absolument dénuée de fondement: aussi la récusons-nous fermement.

L'observation formulée il y a quelques instants trouve ici sa pleine application. Évidemment, pas plus au mémoire et aux observations sur les exceptions préliminaires qu'à la réplique, nous n'allions joindre de documents qui à notre avis étaient étrangers à l'objet du litige. Si le Gouvernement indien était d'opinion différente sur leur portée, il pouvait, certes, lui, les joindre au dossier; mais ce qu'il ne pouvait, ni ne peut, c'est nous blâmer de ne pas l'avoir fait, nous.

Pendant que nous sommes sur ce chapitre, il faut noter encore que le Gouvernement indien a reproduit dans ses annexes une masse considérable de documents qui avaient déjà été produits par le Gouvernement portugais. Ce dernier n'a pas adopté le même procédé — ceci dans le désir d'éviter une répétition inutile de documents présentés par la Partie adverse; mais il se reporte toujours aux annexes indiennes quand il veut se référer à ces documents.

D'autre part la majorité des documents joints par l'Inde à son contre-mémoire — annexes A, B, C — sont la simple reproduction de ce qui, sous mêmes lettres, figure en annexe aux exceptions préliminaires. Le Portugal n'a pas adopté non plus ce procédé: il n'y a pas de répétition de documents parmi ceux joints à ses différentes écritures — mémoire, observations sur les exceptions préliminaires, réplique.

Nous devons encore enregistrer un fait, que le Gouvernement du Portugal déplore sincèrement : c'est que la Partie adverse prête souvent au Portugal des opinions qui ne sont pas celles qu'il défend en réalité.

Les cas où, dans leurs écritures, nos éminents adversaires donnent une version complètement déformée des thèses portugaises sont nombreux. Et c'est à cette version qu'ils adressent ensuite des critiques, au lieu de les faire porter sur les points de vue réellement exposés par le Gouvernement portugais.

Celui-ci ne peut non plus manquer d'enregistrer et de déplorer l'utilisation souvent faite par la Partie adverse du matériel probatoire dont elle s'efforce de tirer ce qu'il ne contient pas et même le contraire de ce qui en ressort vraiment.

Cette double affirmation pourrait être, dès maintenant, illustrée par de multiples exemples ; mais il paraît plus opportun de le faire au fur et à mesure de l'exposé des matières. Le bien-fondé de ces critiques sera donc mis en évidence au cours de l'exposé.

[Audience publique du 22 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, hier j'ai eu l'honneur d'ouvrir, au nom du Gouvernement portugais, les plaidoiries sur le fond du litige qui oppose le Portugal à l'Union indienne. Continuant les considérations préliminaires dont j'ai alors commencé l'exposé, je vais maintenant, avec votre autorisation, M. le Président, décrire le plan auquel obéiront les plaidoiries des avocats et des conseils du Gouvernement portugais. Il faut distinguer les points suivants :

1. Introduction
2. Objet du litige
3. Exposé des faits
4. Exposé de droit
5. Conclusions.

Les considérations que je suis en train de présenter comme une espèce de préface étaient évidemment nécessaires. Il ne l'est pas moins de définir avec tout le soin voulu et sous tous ses aspects l'objet du litige, afin de bien le préciser et de dissiper tout malentendu relatif à la portée et au contenu de la requête portugaise.

Il faut encore procéder à l'exposé des principaux faits concernant le litige. Nous ne voulons point fatiguer la Cour par la répétition inutile de détails contenus dans nos écritures et nous éviterons dans la mesure du possible de descendre jusqu'à eux en demandant respectueusement à la Cour de se reporter aux endroits où le Gouvernement portugais les a exposés par écrit (c'est-à-dire la première partie du mémoire, la deuxième partie de la réplique), ainsi qu'aux documents insérés aux annexes. Nous nous efforcerons toutes les fois que les circonstances le permettront de décrire succinctement les faits dans leurs grandes lignes, de manière à mettre en relief leur véritable signification.

Cet exposé obéira à la division chronologique déjà indiquée : *période mahraite, période britannique, période post-britannique*.

Il faut encore procéder à l'exposé de droit, c'est-à-dire des règles juridiques à la lumière desquelles les faits doivent être envisagés.

On doit là distinguer quatre ordres de matières: *les titres du droit de passage, les manquements de l'Inde aux obligations résultant pour elle du droit de passage du Portugal, les effets des circonstances actuelles sur l'exercice du droit de passage, et les cinquième et sixième exceptions.*

Les titres du droit de passage, comme j'ai déjà eu l'occasion de le rappeler, sont, les uns, communs — principe général découlant de la conformité des droits internes, principes généraux inhérents à l'ordre juridique international, coutume générale; les autres, particuliers — conventions et coutume locale.

Les titres particuliers représentent la concrétisation, dans le cadre des relations entre les Parties, des titres communs. Aussi, en bonne logique, les seconds devraient-ils précéder les premiers, puisqu'ils sont à leur base. Cependant, dans nos plaidoiries, nous adopterons l'ordre inverse, pour une raison de convenance pratique. Les titres particuliers se trouvent intimement liés aux faits, de sorte qu'il y a tout avantage à ce que leur examen suive immédiatement l'examen de ceux-ci.

Le second ordre de questions juridiques a trait à la responsabilité internationale de l'Union indienne du fait de son comportement.

Le troisième ordre de questions consiste à examiner si la situation créée à Dadrá et Nagar-Aveli par les événements de juillet-août 1954 a eu de l'influence sur notre droit de transit; et, si oui, laquelle.

Le quatrième et dernier ordre de questions se rapporte, de son côté, aux cinquième et sixième exceptions soulevées par le Gouvernement indien et dont la Cour a remis l'appréciation à la phase finale du procès.

Ces deux exceptions, comme on le sait, sont basées sur deux réserves introduites par le Gouvernement indien dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. La cinquième exception se fonde sur une réserve de la compétence exclusive, selon laquelle ont été soustraites à la juridiction de la Cour les questions « qui, en vertu du droit international, relèvent exclusivement de la juridiction de l'Inde », c'est-à-dire les questions que le droit international ne règle pas, mais au contraire confie, sous tous ses aspects, à l'ordre juridique local. La sixième exception, à son tour, se fonde sur la réserve *ratione temporis*, qui exclut de la juridiction de la Cour certains différends pour une question de temps.

Ces exceptions tendent toutes les deux également à obtenir, de la part de la Cour, la déclaration de son incompétence à statuer sur le fond du litige. Mais, dans cette phase du procès, la cinquième exception ne requiert vraiment pas un examen développé — et voici pourquoi:

Le Gouvernement portugais, à l'appui de sa demande, invoque certaines règles de droit international.

Supposons à titre d'hypothèse qu'aucune de ces règles ne soit applicable. Ceci signifierait que la demande portugaise était dépourvue de fondement, mais signifierait aussi que la Cour n'était pas compétente pour en connaître, puisqu'il s'agirait d'une matière réglée uniquement par l'ordre juridique interne indien.

Mais si, au contraire, lesdites règles sont applicables ou si, au moins, l'une d'elles l'est, il s'ensuit que, non seulement la Cour est compétente, mais encore qu'elle doit déclarer fondée la demande portugaise.

Il ressort de ceci que les considérations à faire au sujet de la cinquième exception se réduisent à fort peu de choses.

En dernier lieu le Gouvernement portugais présentera ses conclusions.

Toujours avec votre permission, Monsieur le Président, les matières des plaidoiries seront réparties entre les avocats et conseils du Gouvernement portugais de la manière que je vais exposer.

Après que j'aurai terminé cette *introduction*, M. le professeur Maurice Bourquin s'occupera de l'*objet du litige*.

Suivra tout l'*exposé des faits* qui se sont déroulés depuis le milieu du XVIII^{me} siècle jusqu'à aujourd'hui, ainsi que l'étude juridique des *titres particuliers* de notre droit de passage, c'est-à-dire: la *période mahratte*, la *période britannique*, la *période post-britannique*, les *conventions* et la *coutume locale*. Je traiterai ces matières, excepté la période mahratte et les conventions, sur lesquelles parleront respectivement MM. le doyen Braga da Cruz et le professeur Silva Cunha. L'exposé relatif aux conventions suivra immédiatement celui de la période mahratte, car ce sont surtout les faits de cette époque qui intéressent la base conventionnelle de notre droit de passage.

De même l'exposé relatif à la coutume locale suivra immédiatement celui de la période britannique, puisque ce sont surtout les faits de cette période qui présentent de l'intérêt pour la base consuetudinaire de notre droit.

Puis les questions suivantes: *titres généraux*, *manquements de l'Inde*, *effets des circonstances actuelles sur l'exercice du droit de passage* et *cinquième exception*, seront traitées par M. le professeur Bourquin, sauf le droit d'accès *in foro domestico*, sur quoi parlera M. le professeur Pierre Lalive d'Épinay.

Je reprendrai ensuite la parole pour examiner la *sixième exception*. Et en dernier lieu je lirai à la barre les *conclusions* du Gouvernement portugais.

Avant d'en terminer avec ces considérations préliminaires, je voudrais encore, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dire quelques mots des raisons qui ont déterminé le Gouvernement portugais à soumettre à cette haute instance internationale son différend avec l'Union indienne.

Le Gouvernement portugais a fait tous ses efforts et toutes les tentatives possibles pour résoudre ce différend par des négociations.

Avant même que celui-ci ait surgi en 1954, le Gouvernement portugais, à de multiples reprises, avait offert au Gouvernement indien, dans un franc esprit de conciliation, la voie des négociations pour résoudre les problèmes et les difficultés de nature administrative, résultant de la contiguïté des deux États dans la péninsule de l'Hindoustan. Mais le Gouvernement indien n'a jamais accepté cette offre sincère, inlassablement répétée.

L'Union indienne admettait, c'est vrai, des négociations, mais seulement (remarquons-le bien) celles destinées à permettre l'exécution du transfert de nos territoires de l'Hindoustan à sa souveraineté. Entrer donc dans les négociations qu'elle nous proposait aurait signifié l'acceptation *in limine* de ce transfert: seraient, dans ce cas, restés seuls à discuter les détails relatifs au *modus faciendi* de celui-ci.

L'Union indienne ne se proposait pas de résoudre les questions posées par le voisinage, mais d'*éliminer* ce voisinage lui-même. C'est ce qui ressort des instruments échangés entre les deux Gouvernements à cet effet, en 1950 et en 1953, documents qui ont été publiés aux annexes nos 29 à 34 à notre mémoire.

Telle est la raison pour laquelle nous n'avons jamais trouvé d'écho, chez les dirigeants de l'Union indienne, à nos suggestions de résolution à l'amiable des difficultés existantes.

En 1954, à la suite de la rupture des communications avec les enclaves, survint le différend sur lequel la Cour aura à se prononcer. Pour sa part, le Gouvernement portugais, fidèle à l'esprit qui l'a toujours animé, a déployé les plus grands efforts pour y mettre un terme.

Ces efforts ont été reconnus par la Cour, à propos de la troisième exception préliminaire indienne, quand elle a écrit aux pages 148-149 de son arrêt du 26 novembre 1957 ce qui suit :

« L'examen de ces négociations — dit la Cour — montre que, bien que s'étendant aux divers aspects de la situation créée par les prétentions politiques de l'Inde relatives aux enclaves, une partie importante de ces échanges de vues a été consacrée directement ou indirectement à la question de l'accès aux enclaves. Un examen de la correspondance et des notes présentées à la Cour révèle que le refus invoqué des facilités de transit vers les enclaves a fait l'objet de plaintes réitérées de la part du Portugal; que ces plaintes ont été l'un des principaux objets des échanges de vues qui ont eu lieu; que, bien que ceux-ci entre les Parties n'aient pas pris le caractère d'une controverse sur la nature et la portée du droit de passage, le Portugal a qualifié le refus du passage par lui réclamé comme étant incompatible non seulement avec les exigences des rapports de bon voisinage, mais aussi avec la coutume établie et le droit international en général; et que ces plaintes ont été vaines.

Alors que les échanges qui ont eu lieu entre les deux Gouvernements font ressortir l'existence d'un différend entre eux à l'égard du principal point de droit actuellement soumis à la Cour, c'est-à-dire la question du droit de passage, un examen de la correspondance montre que les négociations étaient arrivées à une impasse. »

Ce fut cette impasse qui détermina le Portugal à soumettre le différend qui le sépare de l'Union indienne à la juridiction de la Cour. Le Portugal, conscient de son droit, considère de son devoir de le défendre par les moyens que l'ordre juridique international met à sa disposition. C'est pourquoi il vient demander justice à cette instance: car renoncer à obtenir la reconnaissance, par l'organe juridictionnel compétent, d'un droit dont on est titulaire, signifierait douter de l'existence de ce droit ou de la justice de cet organe.

Les intentions qui animent le Portugal — si souvent exprimées et toujours confirmées par les faits — sont entièrement *pacifiques*.

Le Portugal n'a pas la prétention de léser l'Union indienne; il désire seulement ne pas être lésé par elle.

Le Portugal n'a pas la prétention de soustraire à l'Union indienne une parcelle, si minime soit-elle, de sa souveraineté sur son territoire; il désire seulement que, sur ce territoire, on puisse effectuer un passage limité de personnes et de biens destiné à assurer la liaison avec les enclaves, dans les termes où l'Union indienne elle-même, dans l'exercice de sa souveraineté, la déterminera, de bonne foi, avec comme seule restriction de ne pas rendre cette liaison impossible dans la réalité.

Le Portugal ne prétend pas forcer le passage par le territoire de l'Union indienne, sur lequel celle-ci jouit d'une compétence exclusive: il désire seulement que, dans l'usage de cette compétence, l'Union indienne, accomplissant son obligation, lui permette ce passage.

En résumé, le Portugal n'entend mépriser en rien la souveraineté de l'État voisin: il désire simplement que celui-ci, de son côté, respecte la

souveraineté portugaise sur Dadrá et sur Nagar-Aveli, comme le Portugal respecte la sienne, et qu'à cette fin elle lui permette l'accès à ses territoires.

Me voici arrivé à la fin de cette introduction. En la terminant, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je veux renouveler l'expression de ces sentiments très sincères de mon Gouvernement, auxquels je m'associe personnellement : sa croyance en la force éternelle du droit, sa confiance dans la Cour chargée de l'appliquer dans sa plus haute expression, à savoir, celle qui régit les relations entre les peuples, et son profond respect pour les éminentes personnalités qui la composent. Je veux aussi manifester ma gratitude pour l'attention bienveillante avec laquelle vous avez daigné m'écouter.

Je vous prie, Monsieur le Président, de bien vouloir donner la parole à M. le professeur Maurice Bourquin.

2. PLAIDOIRIE DE M. M. BOURQUIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 22 ET 23 SEPTEMBRE 1959

[Audience publique du 22 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Dans son exposé, M. le doyen Telles a déjà parlé de l'objet du litige. Mais il l'a fait en termes généraux, comme il se devait dans une introduction sommaire. Or nous croyons, nous sommes convaincus même, que cette question doit être serrée de plus près, parce qu'il subsiste à son sujet un certain nombre de malentendus, malgré les développements que les Parties lui ont consacrés dans leurs écritures et aussi dans leur plaidoiries relatives aux exceptions préliminaires de l'Inde.

Il faut être très précis. Il faut que des incertitudes ou des équivoques ne continuent plus d'obscurcir la question, parce qu'il s'agit vraiment d'une question primordiale et qui commande tout le débat.

La Cour me permettra de commencer par rappeler deux points élémentaires qui échappent à toute discussion.

Premier point: Dadrá et Nagar-Aveli sont des enclaves dans le sens le plus rigoureux du terme, et j'y insiste parce qu'on emploie quelquefois le terme d'enclave dans d'autres acceptions, dans des acceptions approximatives. Par exemple, on parle d'enclave quand il s'agit d'une parcelle qui est enchâssée en territoire étranger, mais qui se trouve en bordure de la mer. Ainsi les journaux ont souvent parlé dans les derniers temps de l'enclave d'Ifni, au Maroc. Mais Ifni n'est pas du tout une enclave analogue à Dadrá et à Nagar-Aveli. Ifni est un fragment du territoire espagnol qui se trouve au Maroc mais qui est riverain de la mer et avec lequel, par conséquent, l'Espagne peut continuer à avoir des communications même si le Maroc investit l'enclave du côté de la terre. Il n'y a aucune assimilation possible entre les deux cas.

De même, on parle parfois d'États enclavés pour désigner des États qui, comme la Suisse, comme la Tchécoslovaquie, comme l'Afghanistan sont privés d'accès à la mer. Encore une fois le cas n'est aucunement assimilable au nôtre. Ces États n'ont pas de communication naturelle avec la mer: c'est vrai; et cela peut être pour eux une source de difficultés. Mais cela ne les empêche aucunement d'exercer leur souveraineté sur tout le territoire qui leur appartient. Il n'y a aucune portion de ce territoire qui se trouve, si je puis dire, hors de leur portée. Il n'y a aucune portion du territoire national dont ils soient séparés par un territoire étranger. Et, à ce propos, il convient de relever ce qui est dit aux paragraphes 544 à 547 de la duplique indienne. Le Gouvernement indien y fait état de décisions qui ont été prises par la Conférence de Genève de 1958 sur le droit de la mer. Il s'agit de l'article 3 de la Convention sur la haute mer, qui traite précisément de la situation des États privés de littoral maritime et qui prévoit que ces États devraient accéder librement à la mer. Le Gouvernement indien fait observer que cette convention ne sera obligatoire que pour les États qui la ratifieront et qu'elle ne consacre pas l'existence d'une règle coutumière.

Ce sont là des observations que nous ne contestons aucunement, mais elles ne concernent pas du tout l'objet du présent litige.

Nous sommes cependant reconnaissants au Gouvernement indien d'avoir attiré l'attention sur l'article 3 de la Convention de Genève, car cet article prouve au moins une chose: c'est que, même quand il s'agit du cas des États sans littoral, la Conférence a été unanime à reconnaître que le libre transit devrait être la règle. Et je constate avec plaisir que le Gouvernement indien, qui participait à la Conférence, a donné son approbation à cette idée.

Mais ne nous égarons pas. Ne perdons pas de vue le véritable objet du litige.

Dadrá et Nagar-Aveli ne sont pas des États séparés de la mer; ce sont des parcelles du territoire portugais qui sont séparées du reste de ce territoire, parce qu'elles sont enclavées dans le territoire indien. Ce sont des enclaves au sens absolu du terme, ce sont des enclaves hermétiquement closes. Voilà un point capital et toutes les comparaisons que l'on peut faire avec d'autres situations sont dépourvues de pertinence en l'espèce.

Le deuxième point que je tiens à souligner, et qui est d'ailleurs lié au précédent, est celui-ci: les communications entre le territoire portugais de Damão et les enclaves, ainsi qu'entre les enclaves elles-mêmes, ne sont possibles qu'en passant par une certaine portion du territoire indien. Cette portion du territoire indien se réduit à peu de chose. Nous avons donné les chiffres au paragraphe 17 de notre réplique et M. le doyen Telles les rappelait hier: la route qui est normalement utilisée emprunte le territoire indien sur une longueur totale de 13 km. 200. C'est peu de chose.

Mais ce petit tronçon est indispensable. Il ne s'agit pas d'une question de convenance, de facilité. Il s'agit d'une nécessité absolue.

Conséquence: si l'Inde avait le droit, comme elle le prétend, de s'opposer d'une manière absolue à l'utilisation de son territoire comme voie de transit, cela signifierait qu'elle aurait le droit de paralyser complètement l'exercice de la souveraineté du Portugal sur les enclaves, qu'elle aurait le droit de ruiner cette souveraineté, de la réduire à néant.

Et c'est là le fait brutal, le fait élémentaire qui domine tout le procès.

Le Portugal demande que le droit de passer à travers le territoire indien lui soit reconnu *parce qu'il n'a pas d'autre moyen d'exercer dans les enclaves la souveraineté qu'il possède incontestablement.*

Que demande-t-il exactement?

Il est nécessaire de le préciser, car le Gouvernement indien a donné de cette demande des interprétations qui ne correspondent pas du tout à la réalité. Il a prêté au Portugal des intentions qui ne sont aucunement les siennes. Nous nous plaignons à croire que cette déformation a été simplement le résultat d'une méprise. Ce qui nous étonne, c'est que la Partie adverse ne semble pas disposée à y renoncer, malgré nos dénégations précises et répétées.

Comme son erreur était flagrante dans les exceptions préliminaires qu'elle nous a opposées, nous avons essayé de la rectifier dans les observations écrites et dans les plaidoiries par lesquelles nous avons répondu à ces exceptions préliminaires.

L'erreur a reparu, malgré cela, dans le contre-mémoire indien. Nous avons donc essayé à nouveau de la dissiper dans notre réplique. Mais cette tentative ne paraît guère avoir été plus heureuse que la première,

car la duplique porte encore la trace des mêmes déformations. Je me vois donc obligé d'y revenir une fois de plus.

Commençons par rappeler, comme M. le doyen Telles l'a d'ailleurs fait hier, que le Portugal ne revendique aucun droit de souveraineté sur les quelques kilomètres de territoire indien qu'il doit franchir pour se rendre de Damão aux enclaves ou des enclaves à Damão. Il reconnaît pleinement que sur ce territoire la souveraineté appartient exclusivement à l'Inde; que l'Inde seule y a le pouvoir de légiférer, d'administrer, de rendre la justice, etc., bref, d'exercer tous les attributs de la souveraineté.

Ce que le Portugal soutient, c'est que, dans l'exercice de cette souveraineté, l'Inde est liée vis-à-vis de lui par une obligation.

La souveraineté de l'Inde est exclusive sur son territoire en ce sens qu'elle seule a le droit de l'exercer, à l'exclusion de tout autre État; mais vis-à-vis du Portugal elle est tenue de l'exercer conformément à certaines règles. En d'autres termes, sa compétence n'est pas une compétence discrétionnaire. Comme disent les juristes, c'est une compétence liée.

Des situations de ce genre n'ont rien d'exceptionnel en droit international. Elles sont même tout à fait courantes, car c'est précisément un des objets essentiels du droit international que d'obliger les États à exercer leur compétence d'une certaine façon.

Quand le droit international prescrit, par exemple, aux États d'accorder un certain traitement aux étrangers qui se trouvent sur son territoire, ou quand il leur prescrit de respecter la liberté de la navigation sur certaines voies d'eau, il ne porte pas atteinte à l'exclusivité de leur compétence, il ne confère pas à d'autres États le droit d'exercer cette compétence ou de participer à son exercice avec le souverain territorial, il n'enlève à l'État territorial aucun des attributs de sa souveraineté, mais il l'oblige à se conformer à certaines règles dans l'exercice de cette souveraineté. Il l'oblige à faire certaines choses et il lui interdit de faire certaines autres choses.

Cette limitation est inhérente à la notion même du droit international. Sans elle l'ordre juridique international n'aurait pas de sens.

C'est une limitation de ce genre — et rien d'autre — que le Portugal invoque dans ses rapports avec l'Inde. Nous l'avons rappelé au paragraphe 14 de notre réplique.

Quelle est la portée du droit que nous revendiquons et, par conséquent, quelle est l'étendue de l'obligation corrélatrice de l'Inde?

Constatons d'abord que c'est un droit de transit.

Le Portugal ne revendique pas un droit d'accès au territoire indien.

Il est nécessaire de le préciser parce que l'argumentation de l'Inde permet de croire que, sur ce point également, une certaine confusion subsiste.

Évidemment, pour traverser le territoire d'un État il faut y entrer, mais il faut aussi en sortir. Et la sortie, en pareil cas, a la même importance que l'entrée.

Le Gouvernement portugais n'a jamais prétendu que ses ressortissants et ses fonctionnaires auraient le droit de se rendre en territoire indien pour y séjourner ou pour y voyager. Il n'a jamais prétendu qu'il aurait le droit d'exporter des marchandises à destination de ce territoire.

Dans le cadre de sa demande, le territoire indien n'est qu'une voie de passage, pour se rendre de Damão aux enclaves ou des enclaves à Damão.

Il est évident que droit de passage et droit d'accès sont deux notions tout à fait distinctes.

La Partie adverse ne peut pas le contester, mais elle s'efforce tout de même d'atténuer la distinction, de la brouiller en quelque sorte. Et cela, en faisant usage d'un argument qui est exposé au paragraphe 519 de sa duplique. Bien que cet argument soit manifestement dépourvu de pertinence, il me paraît nécessaire de m'y arrêter un instant.

L'argument consiste à dire que l'exercice du droit de passage peut donner lieu à des abus et qu'il comporte, par conséquent, des risques pour le souverain du territoire traversé. Il peut y avoir, nous dit-on, des fraudes douanières; il peut y avoir aussi des personnes indésirables qui pénètrent en territoire indien sous le couvert du droit de transit.

La réponse, je crois, est facile à faire.

C'est d'abord que la possibilité d'abus dans l'exercice d'un droit ne modifie pas le caractère de ce droit. Un droit de transit reste un droit de transit en dépit des fraudes auxquelles il peut donner lieu. Cette éventualité ne le transforme pas en droit d'accès.

Et, d'autre part, il appartient évidemment au souverain du territoire de prendre les précautions voulues pour prévenir et pour réprimer les actes illicites qui pourraient être commis à l'occasion du transit.

Des inconvénients de ce genre se rencontrent d'ailleurs dans d'autres cas. Il est certain, par exemple, que toutes les régions frontières y sont plus ou moins exposées.

Le Gouvernement indien déclare qu'il n'existe pas de postes de police et de postes de douane sur la route litigieuse. C'est à lui naturellement d'apprécier s'il y a lieu ou non d'en établir. Il en a incontestablement le pouvoir et nous n'avons pas à juger *nous* si le risque dont il se plaint est suffisant pour justifier pareille mesure.

Mais le Gouvernement de l'Inde semble oublier une chose: c'est que le transit entre Damão et les enclaves n'est pas une nouveauté. Ce transit s'est pratiqué régulièrement pendant plus d'un siècle et demi, depuis la formation des enclaves jusqu'en 1954. Et nos estimés contradicteurs ne le contestent pas. Ce qu'ils prétendent, c'est que ce transit n'était pas l'exercice d'un droit, c'est qu'il était une tolérance du souverain légal.

Nous repoussons cette interprétation. Mais supposons-la exacte.

Le fait du transit n'en serait pas moins indiscutable. Or, les risques de fraude dont on nous parle sont inhérents au transit lui-même. Ils existent dès que la personne ou la chose en transit franchit la frontière et pénètre sur le territoire de l'État, que ce soit en vertu d'un droit ou en vertu d'une tolérance, peu importe.

Or, je le répète, pendant plus d'un siècle et demi, les souverains successifs de l'Inde ne se sont pas opposés à ce transit; ils ont admis que la circulation nécessaire à l'administration des enclaves se fasse régulièrement. Que faut-il en conclure, sinon qu'à leurs yeux les risques de fraude ne constituent pas un obstacle à cette circulation et qu'ils avaient les moyens voulus pour se protéger contre eux?

L'expérience, par conséquent, fait justice de l'objection qui est soulevée au paragraphe 519 de la duplique.

Le droit que nous revendiquons est donc un droit de transit. Ce n'est pas un droit d'accès.

Un droit de transit *absolu, illimité*? En aucune façon.

Le droit de transit du Portugal trouve sa justification et ses limites dans les nécessités de l'administration des enclaves. C'est parce qu'il

est indispensable à l'exercice de sa souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli que le Portugal peut le revendiquer et c'est uniquement dans cette mesure qu'il le fait.

Le Portugal ne prétend pas du tout que l'Union indienne serait obligée de livrer passage sans restriction à toutes les personnes qui auraient le désir de se rendre aux enclaves de Damão et *vice versa*. Ce qu'il prétend, c'est que l'Inde ne peut pas lui refuser le passage *nécessaire* à l'administration des enclaves.

Le but qui justifie le droit du Portugal le circonscrit nécessairement et il circonscrit du même coup l'obligation corrélatrice de l'Inde.

Nous n'avons cessé d'insister sur ce point. Nous l'avons fait dans toutes les pièces de la procédure écrite, depuis la requête introductive d'instance jusqu'à notre réplique. Et nous l'avons fait oralement, dans nos plaidoiries sur les exceptions préliminaires.

L'Inde est souveraine du territoire par lequel les communications doivent se faire. Elle y possède tous les attributs de la souveraineté. Le passage que nous demandons est donc soumis à son contrôle. Elle peut le réglementer. Elle peut le subordonner à des mesures administratives. Elle peut le restreindre. Elle n'est pas obligée d'accéder à toutes les demandes qui lui sont adressées par le Portugal.

Mais il y a une limite qu'elle doit respecter, c'est que les dispositions qu'elle prend ne soient pas de nature à empêcher le Portugal d'exercer sa souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Il suffit d'ailleurs de se reporter à la pratique traditionnelle pour en avoir la confirmation. Car, encore une fois, nous ne demandons rien d'autre que la continuation du régime qui a été appliqué depuis la formation des enclaves jusqu'au revirement récent de la pratique indienne.

Or, pendant cette longue période, pendant cette longue expérience, que voyons-nous? Nous voyons le Portugal se soumettre à la législation édictée par le souverain local. Nous voyons le Portugal se soumettre aux formalités administratives qui sont prescrites par ce souverain. Nous le voyons demander aux fonctionnaires compétents les autorisations nécessaires. Nous voyons aussi le souverain local apporter des restrictions au transit portugais, interdire ou limiter le passage de certaines choses ou de certaines personnes. Mais ces exigences n'ont jamais dépassé les limites permises. Elles n'ont jamais constitué une violation de notre droit, parce qu'elles n'ont jamais empêché, ni même menacé, l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

La Partie adverse ne conteste pas que telle fut bien la pratique suivie sous les différents régimes, depuis les Mahrattes jusqu'à l'Inde indépendante. Non seulement elle ne le conteste pas, mais elle s'en prévaut; elle se prévaut de cette pratique pour soutenir que le Portugal aurait ainsi reconnu l'inexistence de son droit.

Le fait de se soumettre au contrôle local et de demander les autorisations de passage aux services compétents lui paraît être la preuve qu'il n'existait aucun droit de transit au profit du Portugal et qu'il s'agissait d'une pure *tolérance* de la part du souverain territorial. Voilà l'interprétation qu'elle donne. Cette interprétation est tout à fait inexacte.

Le Gouvernement portugais ne prétend pas échapper à la souveraineté locale; il reconnaît que cette souveraineté s'exerce sur les personnes et sur les choses en transit. Il se borne à soutenir que les mesures prises

par l'Inde doivent respecter les exigences de l'administration portugaise à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Aussi longtemps que ces mesures restent dans les limites dont il s'agit, elles sont parfaitement licites. Il est donc tout à fait normal que le Portugal se soumette aux prescriptions de l'ordre juridique indien et qu'il sollicite les autorisations nécessaires. En prenant cette attitude, comme il l'a fait tout au long de l'histoire et comme il est bien décidé à le faire à l'avenir, il ne contredit aucunement l'affirmation de son droit, il en éclaire simplement la portée.

Nous allons même plus loin.

Comme la Cour le sait, le Gouvernement de l'Inde se prévaut de la situation actuelle des enclaves pour soutenir qu'elle le dispenserait d'accorder le passage demandé par le Portugal, même s'il était reconnu que ce dernier possède, en temps normal, le droit de transiter à travers le territoire indien.

Nous examinerons le moment venu cette prétention sous tous ses aspects, et j'aurai l'honneur de le faire dans une autre partie de ma plaidoirie.

Mais il me paraît nécessaire de relever tout de suite que, sur un point tout au moins, notre thèse se rapproche de la thèse indienne. Elle en diffère très nettement sur d'autres. Il y a tout de même un aspect de la question où nos opinions ne paraissent pas incompatibles. Et je le souligne avec d'autant plus d'empressement que des occasions de ce genre ont été rares dans le conflit qui nous divise.

Au paragraphe 388 de sa réplique, le Gouvernement portugais déclare, en effet :

« Si le passage de ses forces par les quelques kilomètres de route qui conduisent de Damão aux enclaves apparaissait, à un moment donné, comme étant effectivement de nature à provoquer des actes de violence sur le territoire indien, *il [le Portugal] n'hésiterait pas à admettre que le passage puisse être momentanément suspendu pour cette raison.* »

Quelle est en effet la situation ?

Le droit de passage que le Portugal revendique est nécessaire, il est indispensable à l'exercice de sa souveraineté.

De son côté, l'Union indienne invoque, elle aussi, sa souveraineté territoriale. Elle l'invoque pourquoi ? Pour réclamer une pleine liberté d'action, pour réclamer un pouvoir discrétionnaire.

La souveraineté territoriale apparaît ainsi comme se trouvant au cœur des deux thèses qui s'affrontent.

Mais il suffit d'un instant de réflexion pour se rendre compte qu'il n'existe aucune commune mesure entre les conséquences qu'on en tire de part et d'autre.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal n'a nullement pour effet de dépouiller l'Union indienne de sa souveraineté. Il l'oblige simplement à ne pas user de cette souveraineté dans des conditions qui rendraient impossible l'administration des enclaves portugaises.

Ce que l'Inde demande, c'est tout autre chose : ce qu'elle demande, c'est qu'on lui reconnaisse une *compétence discrétionnaire*, qui lui permettrait de *détruire la souveraineté portugaise dans les enclaves*. Ce qu'elle demande, c'est le droit de faire ce que bon lui semble, en ce qui concerne le transit portugais ; c'est le droit de s'opposer à ce transit, même si cette

opposition devait avoir pour résultat de rendre impossible l'administration des enclaves et, par conséquent, de paralyser complètement la souveraineté du Portugal.

Comme je le disais il y a un instant, il n'y a aucune commune mesure entre ces deux prétentions. Il n'y a aucune commune mesure entre les sacrifices qu'elles comportent pour les deux États intéressés.

Et c'est pourquoi la prétention de l'Inde est inadmissible aux yeux du droit international.

Que l'exercice du droit de passage, tel que le Portugal le revendique, ne compromette pas l'existence de la souveraineté de l'Inde, c'est l'évidence même. Nous en avons d'ailleurs une preuve décisive. Ce que nous demandons n'est rien d'autre que la continuation de ce qui s'est fait, sous les Mahrattes, puis sous l'administration britannique et enfin sous le Gouvernement indépendant de l'Inde, avant que ce Gouvernement inaugure la politique nouvelle qui a donné naissance au litige.

Nous avons insisté sur ce point à de nombreuses reprises; et je viens encore de le faire il y a un instant.

Or, pendant cette longue expérience, les intérêts essentiels des deux États ont été parfaitement respectés.

La souveraineté du Portugal dans les enclaves n'a jamais été menacée, parce que les souverains successifs de l'Inde n'ont jamais coupé les communications nécessaires à l'exercice de cette souveraineté.

Ils les ont réglementées; ils les ont soumises à certaines restrictions. Mais les mesures qu'ils ont prises n'ont jamais été de nature à rendre impossible l'administration de Dadrá et de Nagar-Aveli. Et la preuve en est qu'en 1954, au moment où s'est produit le coup de force dont le Portugal a été victime, le Portugal avait toujours en mains cette administration et qu'il n'avait jamais cessé de l'exercer depuis le XVIII^{me} siècle. Sa présence ininterrompue dans les enclaves établit d'une manière péremptoire qu'à aucun moment les souverains successifs de l'Inde n'ont pris à son égard l'attitude que nous reprochons actuellement au Gouvernement de la Nouvelle-Delhi.

Mais si la souveraineté portugaise a été respectée, la souveraineté de l'Inde l'a été également. Jamais, à aucun moment, le souverain territorial n'a dû faire un sacrifice susceptible de compromettre ses droits essentiels.

Il n'y a donc, en temps normal, aucune difficulté majeure à harmoniser l'exercice du droit de passage avec les exigences de la souveraineté locale.

Des difficultés de ce genre peuvent-elles se présenter? Cela n'est pas exclu.

Il peut se faire que, dans des circonstances exceptionnelles, certaines modalités du droit de passage soient incompatibles avec la sécurité de l'Inde, avec son ordre intérieur. Et en pareil cas, nous admettons parfaitement que l'État débiteur du droit de passage puisse refuser d'être exposé à ce danger. Nous reconnaissons qu'on ne peut pas exiger de cet État qu'il sacrifie sa propre sécurité à l'exécution de ses obligations de transit.

Mais il va de soi qu'il ne peut en être ainsi que s'il s'agit d'une mesure temporaire et d'une mesure qui doit nécessairement prendre fin dès que disparaît la cause exceptionnelle qui la justifie.

Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, arrivé à ce point de mon exposé, je dois rencontrer une objection qui nous est adressée par la Partie adverse. Elle concerne le caractère de notre demande, dont on prétend que l'objet serait trop *vague* pour relever de l'ordre juridique.

Vous prétendez, dit-on, avoir un droit de passage; mais vous vous abstenez d'en préciser exactement l'étendue. Vous dites bien que cette étendue est déterminée par le *but* en vue duquel le droit vous est attribué. Seulement le but que vous indiquez a un caractère si *général* qu'il laisse en suspens de nombreuses questions pratiques.

Les besoins de l'administration des enclaves, le transit nécessaire à l'exercice de votre souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli: ce sont là des formules dont l'application ne peut pas se faire automatiquement.

Dans quels cas le transit des personnes et des choses sera-t-il justifié par les nécessités de l'administration? Dans quels cas pourra-t-on dire, au contraire, qu'il ne l'est pas? Quelles mesures restrictives l'Inde pourra-t-elle prendre à l'égard des fonctionnaires portugais qui sollicitent le passage? Et pour les forces armées, le droit de passage s'étend-il à l'envoi de compagnies, de régiments ou de corps d'armée? Couvre-t-il n'importe quel matériel, y compris les tanks et les véhicules blindés, l'artillerie de tout calibre, etc.?

Et qui décidera, le cas échéant, si l'on reste ou non dans les limites du droit?

Ces questions avaient été posées déjà par nos estimés contradicteurs lors des débats sur les exceptions préliminaires.

L'objection a reparu dans le contre-mémoire; et malgré la nouvelle réfutation dont elle fit l'objet dans notre réplique, nous la retrouvons aux paragraphes 524 à 526 de la duplique, ainsi d'ailleurs qu'aux paragraphes 6 et 7 du même document.

La thèse du Gouvernement indien est donc que l'objet de notre demande ne répondrait pas aux conditions requises par le Statut de la Cour, en raison de son imprécision. Le droit que nous revendiquons ne serait pas un véritable droit, au sens de l'article 38, alinéa premier, du Statut de la Cour. Il serait trop vague pour être réglé par le droit international positif.

En esquissant le tableau des questions pratiques qui sont susceptibles de se poser au sujet du transit portugais, le Gouvernement de l'Inde s'efforce manifestement de présenter ce tableau sous des traits et des couleurs fortement exagérés. C'est particulièrement vrai pour le passage des forces armées, où le sens dramatique de nos estimés contradicteurs les a entraînés à formuler des hypothèses sans rapport aucun avec la réalité.

Les questions d'application que peut poser l'exercice du droit que nous revendiquons sont beaucoup plus modestes. Je n'insiste pas sur ce point en ce moment, parce que j'aurai l'occasion d'y revenir. Mais il est certain que des cas se présentent où l'application mécanique de l'obligation de l'Inde et du droit de passage du Portugal n'est pas possible, où il n'est pas possible d'appliquer aveuglément la règle qui régit nos rapports. L'application de cette règle n'est pas déterminée à l'avance dans les détails. Elle peut soulever des questions d'espèce, qui doivent être réglées à la lumière des circonstances.

Nous sommes parfaitement d'accord là-dessus.

Où nous ne sommes plus d'accord, c'est sur la conclusion que l'on tire de ce fait.

On nous dit que cette imprécision, cette marge d'incertitude serait incompatible avec les exigences du droit international positif, que l'ordre juridique international sur lequel la Cour doit fonder ses décisions se refuserait à sanctionner des prétentions aussi élastiques.

C'est là une affirmation qui nous paraît tout à fait inadmissible et que la réalité juridique dément de la façon la plus certaine.

S'il fallait l'admettre, une bonne partie des règles internationales devrait être exclue du domaine juridique. Car le droit international se contente très souvent de normes particulièrement souples, qui laissent ouvertes de nombreuses questions d'application.

On peut d'ailleurs faire des observations analogues dans le domaine du droit interne. Mais le droit international s'y prête davantage encore, pour des raisons qu'il est facile de comprendre. Je me permettrai de présenter à la Cour quelques exemples. Je crois que ce sera cet après-midi, avec la permission de M. le Président.

[Audience publique du 22 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai abordé ce matin l'examen de l'objection indienne d'après laquelle notre demande serait trop vague pour pouvoir faire l'objet d'une décision de la Cour sur pied de l'article 38, alinéa premier, de son Statut.

Le droit de passage que nous revendiquons et qui est délimité par les nécessités de l'exercice de notre souveraineté dans les enclaves n'est pas un droit qu'on puisse appliquer automatiquement; son application soulève des questions pratiques dont la solution varie suivant les circonstances et comporte, par conséquent, une certaine marge d'appréciation. J'ai fait observer que les règles de droit international comportent très souvent une large élasticité et que si l'on devait en déduire qu'elles ne sont pas couvertes en pareil cas par l'article 38, alinéa premier, du Statut, on réduirait considérablement la juridiction de la Cour sur pied de cet article 38, alinéa premier.

Il me reste pour étayer cette affirmation à donner quelques exemples. Nous en avons déjà cité antérieurement. Nous avons rappelé notamment dans les écritures et les plaidoiries relatives aux exceptions préliminaires la règle qui fonde la responsabilité internationale de l'État sur la notion de la diligence normale (de la « *due diligence* »).

Cette notion, qui a été appliquée en matière de neutralité dans la fameuse affaire de l'*Alabama* et qui a été reprise dans les conventions de La Haye, joue un rôle capital quand il s'agit de déterminer la responsabilité de l'État en raison des dommages causés sur son territoire, à des étrangers, par des personnes privées.

La responsabilité de l'État, en pareil cas, sera appréciée en fonction de ce critère. Or qu'est-ce que la diligence due? Ce n'est rien d'autre que le degré de diligence qu'on peut attendre normalement d'un État bien administré. Les mesures qu'elle comporte ne sont évidemment pas fixées d'avance; elles ne pourraient pas l'être, puisqu'elles varient suivant un ensemble de circonstances et qu'on ne peut les apprécier dans chaque cas d'espèce qu'au moment où elles sont effectivement réalisées.

Je crois qu'il serait difficile de prétendre qu'un principe de responsabilité lié à pareille notion soit plus précis que l'obligation incombant à l'Inde dans le cas qui nous occupe.

La Partie adverse ne va pas d'ailleurs jusqu'à soutenir que la précision serait plus grande; mais elle dit que la comparaison est sans valeur parce qu'il s'agit d'une autre question. On ne peut pas assimiler, dit-elle, l'obligation que le Portugal prétend exister à charge de l'Inde en matière de transit au devoir de diligence qui pèse sur les États en ce qui concerne la poursuite d'un criminel qui a lésé un étranger.

C'est ce que nous lisons au paragraphe 526 de la duplique.

La question est évidemment différente puisqu'il s'agit d'une comparaison. Mais le problème de la responsabilité internationale est un problème très important et qui peut affecter profondément les intérêts de l'État. La notion de la diligence due ne s'applique pas seulement à la poursuite des criminels ayant lésé des étrangers. Elle s'applique aussi dans des cas beaucoup plus graves et, par exemple, quand il s'agit de déterminer les devoirs de la neutralité.

Si la matière est différente, elle n'est certainement pas moins délicate, ni moins essentielle. Et cependant nous constatons que le critère qui est admis pour la régler n'a évidemment pas plus de précision que celui auquel nous nous référons.

Mais puisque nos estimés contradicteurs ne semblent pas convaincus par cet exemple, rien n'est plus facile que d'en fournir d'autres.

En voici un que j'emprunte à la Convention européenne des droits de l'homme. Je ne parle pas de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui a été adoptée en décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Je parle de la Convention qui a été signée à Rome le 4 novembre 1950 par un certain nombre d'États européens et dont les dispositions font incontestablement partie du droit international positif. Cette Convention consacre notamment, dans son article 9, « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions » et elle ajoute que cette liberté

« ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Je pense qu'il est inutile de souligner l'extraordinaire élasticité de cette formule. Personne ne prétendra qu'il est plus facile de savoir ce qui est « nécessaire, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques » que de savoir dans quelle mesure le passage des fonctionnaires portugais est nécessaire à l'administration des enclaves.

Voici un autre exemple. Je lis à l'article 4 de la Convention de Barcelone de 1921 sur la liberté du transit que:

« Les États contractants s'engagent à appliquer aux transports en transit ... des tarifs équitables... Ces tarifs devront être établis de façon à faciliter, autant que possible, le trafic international. »

Il serait difficile, on en conviendra, de dépasser le degré de souplesse de cette règle. Et cependant, encore une fois, son caractère juridique n'est pas contestable.

Les États qui sont soumis à la Convention disposent évidemment d'une liberté d'appréciation assez large, et c'est précisément pour leur laisser cette liberté d'appréciation que la règle a été formulée d'une manière très vague. Mais cette liberté a ses limites, et si un État les dépassait, en édictant des tarifs abusifs, il commettrait un acte illicite, il violerait ses obligations internationales.

Ces deux derniers exemples que je viens de citer sont empruntés au droit conventionnel.

Mais là n'est pas la question. Nous ne discutons pas en ce moment des *sources* dont procède le droit du Portugal. Le seul point en discussion est de savoir si l'*objet de la demande portugaise* a ou non un *caractère juridique*.

Le Gouvernement indien prétend que cet objet est trop vague pour relever de l'ordre juridique international. Ce qui importe, ce n'est donc pas la source du droit revendiqué; c'est son objet, c'est son contenu.

Au surplus, voici un autre exemple, qui est étranger, lui, au droit conventionnel et qui relève entièrement du droit coutumier comme celui de la diligence due.

Dans l'affaire anglo-norvégienne des *Pêcheries*, la Cour a jugé que le tracé des lignes de base à partir desquelles doit être comptée l'étendue de la mer territoriale est soumis à des règles de droit international. Mais comment a-t-elle défini ces règles quand il s'agit de côtes accidentées comme celles de la Norvège? Elle l'a fait dans des termes dont la grande souplesse est incontestablement le trait dominant. Le tracé des lignes de base, a-t-elle dit, « ne peut s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte ». La Cour a admis, d'autre part, que « les étendues de mer situées en deçà de ces lignes doivent être suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures ». (Arrêt du 18 décembre 1951, *C. I. J. Recueil 1951*, p. 133.)

Et quand il s'est agi de se prononcer sur le point de savoir si certaines des lignes de base adoptées par le Gouvernement norvégien n'accusaient pas une déviation excessive par rapport à la côte, voici ce que la Cour a dit:

« Il y a lieu d'observer que la règle en question est dépourvue de précision mathématique. Il faut, pour en faire une juste application, tenir compte du rapport entre la déviation critiquée et ce qui, selon les termes de la règle, doit être envisagé comme la direction générale de la côte. Réserve faite d'un cas d'abus manifeste, on ne saurait dès lors se borner à examiner un secteur isolément non plus que l'on ne peut s'en remettre à l'impression que peut donner une carte à grande échelle de ce seul secteur. Dans l'espèce, l'écart entre la ligne de base et les formations terrestres n'est pas tel qu'il défigure la direction générale de la côte norvégienne. » (*C. I. J. Recueil 1951*, pp. 141-142.)

Je me suis permis de citer ce long passage de l'arrêt, parce qu'il fait ressortir l'imprécision de la règle dont l'existence a été proclamée par la Cour et les hésitations, en même temps, auxquelles peut donner lieu l'application de cette règle. Cependant, c'est bien une règle de droit international. L'arrêt le déclare expressément. Et si le Gouvernement norvégien avait commis des abus dans l'application qu'il en a faite, la Cour n'aurait pas hésité à les condamner comme contraires au droit international.

Je crois inutile d'insister davantage. Les quelques exemples auxquels je me suis arrêté et qu'il serait bien facile de multiplier établissent sans contestation possible que les règles du droit international visées au paragraphe premier de l'article 38 du Statut de la Cour sont loin de répondre aux conditions de précision et de rigidité que le Gouvernement de l'Inde voudrait exiger d'elles, et que bien souvent ces règles se présentent sous une forme plus ou moins vague, qui ne permet en aucune façon de les appliquer directement et mécaniquement.

Mais, dit-on, qui sera compétent pour résoudre les questions d'application qui ne sont pas tranchées *a priori*? Le dernier mot appartiendra-t-il à l'Inde ou au Portugal?

Cette question, qui a été posée aux paragraphes 248 et 249 du contre-mémoire, ne présente, je crois, aucune difficulté. Nous y avons déjà répondu aux paragraphes 25 à 28 de notre réplique.

Le Gouvernement portugais ne revendique aucun partage de compétence avec l'Union indienne. Il appartient donc à l'Union indienne de décider les mesures à prendre sur son territoire.

Lorsque l'exécution de son obligation vis-à-vis du Portugal soulève un doute dans son esprit, c'est à elle de se prononcer. C'est à elle d'apprécier si telle mesure peut être prise, si telle restriction peut être apportée au transit. Elle doit le faire, bien entendu, conformément au principe de la bonne foi et sous sa responsabilité. Mais la décision relève de sa compétence. De même que les décisions à prendre pour l'application des différentes règles de droit international que j'ai mentionnées à titre d'exemples relèvent de la compétence de l'État soumis aux obligations que ces règles énoncent.

Quand il s'agit, par exemple, de la protection des étrangers contre les dommages que peuvent leur infliger des personnes privées, c'est à l'État territorial qu'il appartient d'apprécier quelles sont les mesures qu'il doit prendre pour satisfaire aux exigences de la diligence due.

Quand il s'agit de la fixation des lignes de base de la mer territoriale, c'est à l'État côtier qu'il appartient de tracer ces lignes et d'apprécier si elles répondent aux conditions rappelées par la Cour dans son arrêt du 18 décembre 1951.

Quand il s'agit d'appliquer l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est à chaque État contractant qu'il appartient de juger, sous sa responsabilité, si les mesures qu'il prend sont conformes à cette disposition.

Quand un État, partie à la Convention de Barcelone de 1921, arrête le tarif qu'il appliquera aux transports en transit, il doit le faire évidemment en respectant l'article 4 de cette convention, mais c'est à lui qu'il appartiendra de prendre la décision.

Les États dont ces mesures peuvent éventuellement léser les droits n'ont pas à intervenir dans la décision. La compétence de l'État territorial est exclusive. Il a seul le droit de l'exercer. S'il le fait abusivement, l'État lésé pourra intervenir alors pour obtenir le redressement de la situation en usant des moyens que le droit international met à sa disposition à cette fin. Mais il n'a aucunement le droit de se substituer à l'État territorial dans l'exercice de la compétence de ce dernier, ni de prétendre partager avec lui l'exercice de cette compétence.

C'est la règle générale. C'est la règle générale que M. le Président Basdevant a rappelée en termes limpides dans un passage de son cours

sur *Les règles générales du droit de la paix*, que nous avons reproduit au paragraphe 26 de la réplique :

« ... lorsqu'un État — dit-il — se trouve en face d'une situation internationale, il lui appartient d'arrêter et d'affirmer son point de vue. Il doit se conformer au droit international, mais il lui appartient d'apprécier quelles sont les exigences de ce droit dans le cas concret, ainsi que toutes les circonstances de celui-ci, et de fixer, en conséquence, sa ligne de conduite. »

Et plus loin :

« Le fait qu'un État a, pour l'exercice d'une compétence qui lui appartient, assumé certaines obligations envers un État étranger, ne lui enlève pas ladite compétence, avec les pouvoirs que celle-ci comporte; cet État ne se trouve pas *ipso facto* obligé à n'agir qu'en collaboration avec l'État bénéficiaire; *autre chose est l'obligation incombant à un État pour l'exercice de sa compétence, autre chose le partage de cette compétence avec un autre État.* »

C'est le principe général, et nous ne demandons en aucune façon qu'il y soit dérogé dans l'espèce.

J'ajoute que c'est ainsi que les choses se sont toujours passées depuis que le Portugal est souverain des enclaves. Les mesures relatives à la réglementation du transit ont toujours été prises par le souverain du territoire indien. Le Portugal n'a jamais prétendu avoir le droit d'en décider lui-même ou de partager avec le souverain territorial la compétence de décision. Sans doute est-il arrivé — et ce fut même assez fréquent — que des échanges de vues aient lieu à ce sujet entre les deux États intéressés. Cette collaboration de fait ne peut être que souhaitable, et il faut espérer qu'à l'avenir on y reviendra. Mais, juridiquement, la décision appartient à l'Inde. Il n'y a aucun doute sur ce point. Le Portugal n'a d'autre droit que de demander éventuellement le redressement des abus que le Gouvernement indien pourrait commettre dans l'exercice de sa compétence.

Nous n'avons laissé subsister aucun doute sur ce point dans notre réplique. Le contre-mémoire ayant soulevé la question, nous nous sommes empressés d'y répondre aussi clairement que nous l'avons pu.

C'est en revanche un aspect de la question que la duplique indienne passe sous silence, et le fait mérite d'être relevé, car il s'agit évidemment d'une chose importante, d'une chose essentielle même. On pouvait croire, en lisant le contre-mémoire indien, que le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi redoutait de se trouver en présence de décisions prises par le Gouvernement portugais et devant lesquelles il aurait dû s'incliner. On pouvait croire qu'il interprétait la demande portugaise comme impliquant pour lui l'obligation de livrer passage au Portugal *dans les conditions fixées par ce dernier*.

La seule ressource du Portugal — comme je viens de le dire —, c'est de réagir contre les abus que l'Union indienne commettrait. Et de réagir comment? Mais par les moyens que le droit international met à sa disposition — y compris, éventuellement, la voie arbitrale ou judiciaire.

Comme je le disais tout à l'heure, c'est là certainement un aspect très important de la demande que nous formulons, et je crois qu'il était, par conséquent, nécessaire de ne laisser planer sur lui aucun doute.

Me sera-t-il permis de faire une dernière remarque au sujet de ces incertitudes dont parle la Partie adverse, des incertitudes que laisse planer la règle invoquée par le Portugal? Ces incertitudes, on les exagère de l'autre côté de la barre, on leur prête des dimensions qu'elles sont loin d'avoir dans la réalité. Mais, quelque désireux qu'on soit de les gonfler, on ne peut tout de même pas les pousser au-delà d'une certaine limite. La marge d'incertitude, la marge d'élasticité, elle, n'est pas indéfiniment extensible. Si des hésitations peuvent naître parfois dans l'application de la règle, il y a tout de même des cas où l'hésitation est exclue.

La règle permet de soumettre le passage à certaines conditions. Elle permet éventuellement de le restreindre. Mais il y a une chose qu'elle ne permet certainement pas: c'est de l'interdire complètement; c'est de rendre radicalement impossibles les communications officielles entre Damão et les enclaves. En pareil cas, il n'est pas douteux que la mesure est dépassée; que la limite extrême des possibilités d'appréciation est franchie. Il n'est pas douteux que le droit de passage, même réduit à son strict minimum, se trouve violé. Or c'est précisément ce que le Gouvernement de l'Inde a fait. C'est ce qu'il a fait depuis cinq ans et c'est ce qu'il voudrait continuer à faire.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois avoir précisé le caractère et les limites du droit revendiqué par le Portugal. Et je pourrais m'arrêter là si nos adversaires ne revenaient pas sur une question que nous pensions liquidée: la question des immunités.

Nous nous étions prononcés sur ce point d'une manière si catégorique, à la fois dans la procédure écrite et dans les plaidoiries relatives aux exceptions préliminaires, qu'il nous semblait difficile que le Gouvernement de l'Inde pût encore suspecter nos intentions. Mais il revient à la charge dans sa duplique, et il y revient même assez longuement. Je me vois donc obligé de le suivre sur ce terrain.

On dirait que notre modération le déçoit et qu'il préférerait nous voir demander un régime d'immunité. Cela faciliterait peut-être son système de défense. Cela lui permettrait peut-être de faire valoir des arguments qui lui échappent. Mais nous ne pouvons tout de même pas, pour lui rendre ce service, dénaturer nos véritables intentions.

Sur quoi nos estimés contradicteurs se basent-ils pour nous imputer une demande d'immunités? Ils font valoir deux arguments, qui sont exposés aux paragraphes 508 à 516 de leur duplique.

Le premier argument consiste à dire que le Portugal aurait prétendu jadis qu'il avait droit à certaines exemptions fiscales pour les produits de Nagar-Aveli destinés à Damão.

On ne dit pas que nous aurions soutenu, d'une manière générale, que les personnes et les biens en transit échappaient à l'exercice de la souveraineté locale. Il ne s'agit que d'une exemption de droits de douane et d'une exemption limitée aux produits originaires de Nagar-Aveli et qui sont transportés de cette enclave à Damão.

Quand avons-nous soutenu que ces produits échappaient à la taxation?

En 1818 et en 1859.

On se base là-dessus pour prétendre que nos affirmations actuelles sont inexactes et que la demande dont la Cour est saisie comporte bel et bien un régime d'immunités. Voilà un argument qui, dès l'abord, paraît assez étrange. Car enfin, pour déterminer l'objet d'une demande,

dans une instance judiciaire, ce sont, me semble-t-il, les pièces de la procédure qu'il faut consulter et non des faits anciens dont le plus récent date exactement d'un siècle.

Si le Portugal a cru pouvoir interpréter jadis certains accords comme assurant une exonération de droits aux produits que je viens de rappeler, cela ne signifie aucunement qu'il ait maintenu plus tard cette attitude et cela ne signifie pas que sa demande actuelle comporte pareille revendication.

Or, il suffit de consulter les pièces de la procédure écrite et de se reporter aux plaidoiries qui ont été prononcées à l'occasion des exceptions préliminaires pour constater qu'il n'y est question nulle part d'une exonération fiscale et qu'au contraire le Gouvernement portugais a déclaré, de la façon la plus nette, qu'il ne comprenait dans sa demande aucun privilège de ce genre. Je crois que cela fait justice de l'objection.

La Cour me permettra cependant d'y regarder d'un peu plus près et, sans entrer dans le détail de négociations assez compliquées, de rappeler cependant leur objet et la suite qui leur a été donnée.

En 1818, c'est-à-dire au moment où les Britanniques venaient de succéder aux Mahrattes comme souverains de la région, le gouverneur de Damão a réclamé, en effet, l'exemption douanière pour les produits dont il s'agit, en se basant sur une interprétation du Traité de Punem, par lequel les enclaves avaient été attribuées au Portugal. Le Traité de Punem ne contient aucune disposition prévoyant explicitement l'exonération, mais le gouverneur de Damão croyait pouvoir l'interpréter ainsi.

Les autorités britanniques refusèrent d'entrer dans ces vues. Elles finirent cependant par donner plus ou moins satisfaction aux Portugais, mais sans admettre qu'il y eût là une obligation résultant du Traité de Punem. Cette affaire est exposée aux paragraphes 92 à 94 des exceptions préliminaires.

Et voici ce que nous lisons au paragraphe 95 du même document (c'est donc le Gouvernement indien qui parle) :

« Au cours des années qui ont immédiatement suivi cet échange de lettres, les Portugais revinrent plus d'une fois sur la question des droits de douane, sans jamais prétendre que l'exemption relevât d'autre chose que du bon vouloir des autorités britanniques. »

Ainsi, le Gouvernement indien lui-même réfute l'argument qu'il voudrait tirer aujourd'hui des négociations de 1818-1819. Il le réfute en soulignant que le Portugal, par la suite, a toujours considéré que la question des droits de douane relevait du bon vouloir du souverain local.

Le deuxième des cas cités par la Partie adverse concerne une nouvelle demande d'exonération de droits pour les produits de Nagar-Aveli destinés à Damão. L'affaire date de 1859; elle est exposée aux paragraphes 100 à 102 des exceptions préliminaires.

Cette fois, le commissaire portugais qui formule la demande invoque une série de raisons qui sont presque toutes des raisons d'opportunité politique. Il est vrai qu'il reprend également l'argument juridique invoqué en 1818, mais au milieu de considérations d'un tout autre ordre. Quelle est la suite qui fut donnée à cette demande?

Les autorités britanniques acceptèrent la proposition, moyennant certaines réserves. Mais elles le firent uniquement en raison de leurs bons rapports avec le Portugal et du libéralisme dont celui-ci faisait preuve en matière douanière. Quant à l'aspect juridique de la question,

il leur parut qu'on ne pouvait pas contester le droit du gouvernement local de percevoir des droits de douane sur les produits en transit. C'est ce que le Gouvernement indien lui-même a rappelé au paragraphe 101 de ses exceptions préliminaires. Tels sont les faits.

Il en résulte clairement, je crois, que, si les autorités portugaises ont invoqué, à deux reprises, des arguments juridiques pour étayer leur demande d'exonération de droits, ces arguments n'ont pas été retenus par le gouvernement local et que le Portugal n'a pas insisté. Les arrangements conclus l'ont été sur une base empirique, pour des raisons d'opportunité et d'avantages réciproques.

Comment s'appuyer dès lors sur ces précédents pour soutenir que la demande dont la Cour est saisie, et dont l'objet n'est évidemment défini que par les actes de la procédure, comporterait des privilèges fiscaux, alors que le demandeur n'a jamais formulé une prétention de ce genre, et qu'il n'a cessé au contraire de la répudier?

L'argument tiré des précédents de 1818 et de 1859 est donc manifestement dépourvu de toute valeur. Mais la Partie adverse en fait valoir un autre, d'un caractère tout différent.

Ce qu'elle invoque aux paragraphes 509 à 516 de sa duplique — et la Cour voit qu'il y a là un assez long développement : 509 à 516 —, c'est une immunité de droit commun.

Les troupes se trouvant en pays étranger — dit-elle — bénéficient d'une certaine immunité de juridiction. Or, votre demande comporte le droit de faire passer non seulement du personnel civil, mais aussi de la police et des forces armées. Par conséquent, si vous usez de ce droit, si des forces armées portugaises se rendent dans les enclaves ou en reviennent, elles seront couvertes par l'immunité en question.

Vous ne demandez peut-être pas une immunité spéciale, mais indirectement, vous bénéficiez tout de même d'une certaine immunité, puisque cette immunité vous serait assurée par le droit commun.

Je crois qu'on peut objecter, en tout cas, à ce raisonnement, comme nous l'avons fait d'ailleurs au paragraphe 23 de notre réplique, qu'il y a une différence sensible entre le fait de revendiquer une immunité spéciale qui viendrait s'ajouter au simple droit de passage comme objet de la demande portugaise et le fait de bénéficier d'une immunité de droit commun à l'occasion de l'exercice de ce droit.

Mais je ne m'attarderai pas à développer cette objection; je ne m'attarderai pas à le faire parce qu'elle est tout à fait secondaire. Elle est secondaire pour l'excellente raison que l'exercice du droit de passage que nous revendiquons ne comporte aucune immunité, même indirectement.

Précisons.

Il ne s'agit pas de forces d'occupation.

En temps de guerre, les forces d'occupation bénéficient d'un régime spécial, qui est tout à fait étranger au cas qui nous occupe. Et quand il y a occupation en temps de paix, le régime des forces d'occupation est toujours déterminé par des accords spéciaux.

Cette hypothèse sort complètement du cadre de notre sujet.

Il s'agit, en l'espèce, de forces *traversant un pays en temps de paix pour atteindre une autre destination*.

D'après le Gouvernement indien, ces forces bénéficieraient d'une immunité *en matière disciplinaire*.

On ne va pas jusqu'à dire que l'immunité dépasserait cette limite; on ne va pas jusqu'à dire qu'elle s'appliquerait, par exemple, aux ma-

tières criminelles. Mais en matière disciplinaire, on affirme son existence comme consacrée par le droit commun.

Pour soutenir cette opinion, le Gouvernement indien s'appuie sur une étude de Barton, qui a paru dans le *British Year Book of International Law*, en 1949 et en 1950.

Or, comme nous l'avons relevé au paragraphe 23 de notre réplique, l'hypothèse envisagée par Barton ne correspond aucunement à notre cas. Son hypothèse, c'est celle de troupes étrangères « *en visite* » dans le pays. Et l'auteur définit clairement cette notion.

Elle s'applique, dit-il, à des troupes « qui sont venues *séjourner* sur le territoire de l'État local, avec son consentement *et sur son invitation* ».

Barton insiste sur le fait que la seule hypothèse dans laquelle il se place est celle d'une force étrangère qui « visite l'État local... *comme suite à son invitation* ».

Aucun doute, par conséquent: la question envisagée par Barton n'est aucunement celle qui se pose dans notre cas.

Les forces portugaises dont nous avons à nous occuper — les quelques rares éléments de la force publique portugaise auxquels s'applique le droit de passage — *traversent* le territoire indien *en vertu d'un droit de transit* pour se rendre dans les enclaves ou pour en revenir; ce ne sont pas des forces qui seraient appelées à *séjourner* dans l'Inde et qui viendraient *sur l'invitation* du Gouvernement indien. Ce ne sont pas des *visiting forces*.

Mais, disent nos estimés contradicteurs, si Barton limite à cette hypothèse l'immunité dont il parle, il y a d'autres autorités qui vont plus loin et il y a notamment la fameuse décision du juge Marshall dans l'affaire du *Schooner Exchange*.

D'après cette décision, les troupes étrangères bénéficieraient d'une immunité de juridiction beaucoup plus large, d'une immunité analogue à celle des chefs d'État et des agents diplomatiques.

Seulement la décision du juge Marshall, ne l'oublions pas, date de 1812, et personne n'ignore que, depuis lors, la conception de l'immunité des États étrangers a considérablement évolué dans le sens d'une restriction croissante.

Le Gouvernement indien soutient-il que les troupes étrangères bénéficient, en toutes circonstances, d'une immunité de juridiction en vertu du droit commun? Le Gouvernement indien soutient-il la thèse du juge Marshall qu'il cite dans ses écrits? Il se garde bien de le faire. La seule thèse qu'il soutienne, c'est celle de Barton.

Au paragraphe 513 de sa duplique, il reconnaît qu'au-delà des limites envisagées par Barton, la question devient très douteuse. C'est une question si délicate, dit-il, qu'elle est invariablement réglée par des accords particuliers.

Mais nous ne sommes plus alors sur le terrain du droit commun, nous sommes sur le terrain des accords particuliers.

La thèse soutenue par la Partie adverse reste par conséquent dans les limites de celle de Barton.

Or, je le répète, la thèse de Barton n'est aucunement applicable à l'espèce.

La différence saute aux yeux. Mais elle devient encore plus évidente quand on se reporte aux raisons par lesquelles Barton justifie son opinion.

Le juge Marshall était parti de cette idée que les forces armées se trouvant en pays étranger y apparaissent comme une incarnation de l'État et se trouvent ainsi dans une position analogue à celle du chef

de l'État et des représentants diplomatiques. C'est pour ce motif qu'il trouvait logique de les immuniser contre l'exercice de la souveraineté locale.

Barton partage-t-il cette opinion et fait-il de ce principe la base de l'immunité disciplinaire dont il parle pour les *visiting forces*? Pas du tout.

Voici ce qu'il en dit :

« Quelque satisfaisant que le principe puisse être comme base de l'immunité des souverains et des diplomates, il y a de fortes raisons, à la fois théoriques et pratiques, de chercher un principe plus solide pour fonder l'immunité juridictionnelle des forces en visite à l'étranger. »

Barton n'admet donc pas le raisonnement du juge Marshall. C'est sur un autre principe qu'il fonde l'immunité dont il se fait le défenseur.

Quel est donc ce principe? C'est l'incompatibilité qui existe, d'après lui, entre le fait d'accueillir chez soi des forces étrangères et celui d'exercer sur elles une juridiction disciplinaire.

Lorsqu'un État accueille chez lui des forces étrangères, dit-il, il faut admettre logiquement qu'il renonce à exercer sur elles sa juridiction en matière de discipline et d'administration intérieure.

L'immunité disciplinaire dont elles jouissent est donc, pour Barton, le corollaire de l'invitation qui leur a été faite.

(Les passages pertinents de l'étude de Barton sont reproduits au paragraphe 511 de la duplique indienne, III, page 258.)

Le principe sur lequel s'appuie la thèse de Barton est tout différent — on le voit — de celui dont le juge Marshall était parti. Et c'est un principe qui exclut l'application de la thèse de Barton à un cas comme le nôtre, car, ainsi que je le rappelais tout à l'heure, les forces portugaises ayant à traverser le territoire indien ne sont aucunement des forces « en visite » dont la présence résulterait d'une « invitation » du souverain local.

Je crois donc avoir démontré qu'aucune règle de droit coutumier ne leur assure une immunité quelconque.

Faut-il ajouter qu'au cours de la longue expérience que nous avons faite depuis le XVIII^me siècle, jamais cette question ne s'est même posée? L'argumentation du Gouvernement indien prend ici, comme en d'autres endroits d'ailleurs, un caractère purement théorique.

Faut-il rappeler enfin qu'une immunité est une *faveur* et que celui qui bénéficie de cette faveur, ou qui peut en bénéficier, n'est nullement obligé de s'en prévaloir? Même s'il existait dans le droit international commun une règle qui nous mettrait au bénéfice de cette faveur d'une exemption de la juridiction en matière administrative, nous ne serions évidemment pas obligés de l'invoquer. Or, nous l'avons dit à maintes reprises et nous ne cessons pas de le répéter: le droit de passage que nous revendiquons ne comporte aucune immunité.

Il n'en comporte ni directement, ni indirectement. Si donc, contrairement à ce que nous soutenons, le droit commun avait la portée que lui attribue le Gouvernement de l'Inde, nous déclarons sans ambage que nous n'en demanderions pas l'application.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en traitant cette question de l'immunité, j'ai l'impression désagréable d'avoir surchargé mon exposé d'une bien longue digression. Mais je ne pouvais l'éviter qu'en lais-

sant sans réponse les objections de la Partie adverse. Et, malgré leur évidente faiblesse, il était difficile de le faire.

Je me résume :

Le droit que le Portugal revendique est limité aux communications qui sont nécessaires pour assurer l'exercice de sa souveraineté sur les parcelles enclavées de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Ce droit ne comporte aucun démembrement de la souveraineté de l'Inde.

L'Union indienne est seule compétente pour exercer tous les attributs de cette souveraineté. Elle est simplement obligée, quand elle les exerce, de ne pas prendre de mesures qui rendraient impossible l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

En d'autres termes, sa compétence est *exclusive* ; mais elle n'est pas *discrétionnaire*. C'est une compétence *liée*.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal ne comporte, d'autre part, aucune immunité, ni directement, ni indirectement. Les personnes et les biens en transit sont soumis aux lois, aux règlements, aux décisions administratives et au pouvoir juridictionnel du souverain local. Leur passage par le territoire indien reste donc entièrement placé sous le contrôle de l'Inde.

Ce n'est que dans le cas où le Gouvernement indien prendrait des mesures contraaires à son obligation — c'est-à-dire des mesures incompatibles avec les nécessités de l'administration des enclaves — que le Gouvernement portugais pourrait élever une protestation et recourir aux moyens que le droit international met à sa disposition pour régler le désaccord qui s'élèverait ainsi entre les deux États.

Enfin si, en raison de circonstances exceptionnelles, certaines modalités du droit de passage entraient en conflit avec les exigences de sa sécurité et de son ordre intérieur, l'Inde aurait le droit de s'y opposer jusqu'au jour où la cause justifiant cette opposition prendrait fin.

Telle est exactement la portée du droit que nous revendiquons et que nous demandons à la Cour de reconnaître.

Après avoir parlé du droit que nous revendiquons, j'aurai à dire encore quelques mots d'un autre aspect de notre demande, car si nous demandons à la Cour de reconnaître notre droit de passage, nous lui demandons aussi de constater les manquements de l'Inde aux obligations qui résultent pour elle de ce droit.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comme je le rappelais il y a un instant, notre demande n'a pas seulement pour objet la reconnaissance de notre droit de passage, elle a également pour objet la constatation des manquements de l'Inde à ses obligations.

Ces manquements, il nous incombe, évidemment, de les établir. Nous le ferons dans une autre partie de nos plaidoiries.

Pour le moment, si je m'arrête à la question, ce n'est pas pour fournir cette justification ; c'est uniquement pour rencontrer une interprétation restrictive qui est donnée par l'Inde à cette partie de notre requête et que nous considérons comme tout à fait inadmissible.

La thèse qui est soutenue à cet égard par nos honorables contradicteurs trouvait déjà son expression au paragraphe 195 de leurs exceptions préliminaires. Elle a été reprise au paragraphe 6 du contre-mémoire et on la retrouve aux paragraphes 9 et 10 de la duplique.

Elle consiste à dire que la responsabilité de l'Inde dans les événements qui ont donné naissance à une situation nouvelle dans les enclaves serait une question étrangère au procès.

La demande soumise à la Cour par la requête introductive d'instance a pour objet, dit-on, certains droits de transit, et rien d'autre. Le Gouvernement portugais ne peut donc pas introduire dans le débat la question d'une responsabilité éventuelle de l'Inde au sujet de la prétendue invasion des enclaves. Ce serait une demande complètement nouvelle.

En d'autres termes, le Gouvernement indien voudrait dissocier complètement la question des manquements de l'Inde à ses obligations de transit et la question de sa responsabilité dans ce que nous appelons l'invasion des enclaves et que l'Inde désigne, pour sa part, comme leur insurrection.

D'après le Gouvernement de l'Inde, il y aurait là deux séries de faits complètement séparées l'une de l'autre, en ce qui concerne le procès. Et la Cour ne pourrait retenir que l'une d'elles. Seules les mesures appliquées par l'Inde au transit pourraient être prises en considération. Elles devraient être envisagées en elles-mêmes, isolément, sans tenir compte du contexte dans lequel elles s'insèrent.

Nous repoussons catégoriquement cette thèse. Et nous la repoussons pour plusieurs raisons.

Nous la repoussons, d'abord, parce qu'elle est complètement artificielle. Cette distinction tranchée que l'on prétend établir entre les restrictions et interdictions de transit, d'une part, et d'autre part le déroulement des événements qui ont donné naissance à la situation actuelle dans les enclaves, cette distinction, dis-je, n'existe aucunement dans la réalité. La politique de restrictions et d'interdictions qui a été pratiquée par l'Inde à l'égard du transit portugais est, au contraire, étroitement liée aux événements dont il s'agit.

Quel est le droit revendiqué par le Portugal? C'est un droit de passage, mais c'est un droit de passage qui n'existe que pour permettre l'administration des enclaves. Les nécessités de cette administration déterminent l'étendue du droit revendiqué par le Portugal et, par conséquent, l'étendue de l'obligation corrélatrice de l'Inde.

Ce n'est donc pas en elles-mêmes et isolément qu'il faut apprécier les mesures prises par l'Inde à l'égard du transit portugais, mais bien dans leurs rapports avec l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves. Et personne ne contestera que leur valeur à cet égard dépend des circonstances.

Les nécessités inhérentes à l'administration d'un territoire, au maintien de l'ordre public et de l'autorité de l'État sur ce territoire, ne peuvent pas être déterminées d'une manière abstraite. Certaines mesures qui, en temps normal, ne seraient pas incompatibles avec l'exercice de la souveraineté, peuvent le devenir en cas de crise.

Or il n'est pas douteux que les événements relatifs à l'occupation de Dadra et de Nagar-Aveli ont modifié complètement les besoins de l'administration des enclaves.

Comme nous l'avons dit au paragraphe 137 de nos observations sur les exceptions préliminaires, ces événements ont rendu plus impérieuse pour le Portugal la nécessité d'exercer son droit de passage et de l'exercer rapidement. Et, du même coup, ils ont rendu plus impérieux pour l'Inde le devoir de ne pas entraver l'exercice de ce droit.

Ce n'est pas seulement, d'ailleurs, l'attitude de l'Inde au lendemain des événements — alors que les agents de l'administration portugaise avaient déjà été mis hors de cause dans les enclaves — qu'il faut faire

entrer en ligne de compte, c'est aussi l'attitude que l'Inde a prise dans la période précédente.

On semble oublier, de l'autre côté de la barre, que l'occupation de Dadrá a précédé d'une semaine l'occupation de Nagar-Aveli.

Quand nos estimés contradicteurs parlent des événements de l'été 1954, on dirait qu'il s'agit d'événements simultanés; que l'opération contre Nagar-Aveli aurait eu lieu en même temps que celle qui a été dirigée contre Dadrá. Or c'est là une erreur manifeste. Il s'agit bel et bien de deux opérations distinctes. Et nous tenons à le souligner, parce que ce fait indiscutable — et d'ailleurs indiscuté — est très important pour éclairer la véritable attitude du Gouvernement indien. L'occupation de Dadrá a précédé d'une semaine celle de Nagar-Aveli, et il tombe sous le sens que l'attitude qui a été prise par l'Inde à l'égard du transit portugais pendant cet intervalle d'une semaine a eu forcément une influence considérable, une influence décisive, sur la seconde opération.

Mais il faut remonter plus haut.

Au cours des neuf ou dix mois qui ont précédé la première opération — celle contre Dadrá —, le Gouvernement de l'Inde avait multiplié les difficultés de passage. Sans aller jusqu'à l'isolement complet des enclaves, il avait soumis le transit à des restrictions croissantes. On pouvait encore respirer à Dadrá et à Nagar-Aveli, mais l'air se raréfiait de plus en plus.

Ces mesures restrictives étaient-elles contraires aux obligations de l'Inde? Elles ne l'auraient peut-être pas été en temps normal, puisqu'elles n'étaient pas absolument incompatibles avec l'exercice de la souveraineté portugaise aussi longtemps que le calme régnait dans les enclaves.

Mais la menace des événements qui se préparaient pouvait modifier la situation. La raison en est donnée dans une note qui a été adressée par le Portugal au ministère des Affaires extérieures de l'Inde, le 11 février 1954, plus de cinq mois, par conséquent, avant l'opération contre Dadrá. Cette note est reproduite à l'annexe 40 du mémoire portugais. Le Gouvernement portugais s'y plaint de certaines mesures restrictives qui avaient été prises à l'égard du transit de ses fonctionnaires. Comme ce transit restait encore possible, il ne va pas jusqu'à accuser le Gouvernement indien de violer son droit, mais il lui adresse un avertissement sérieux.

Sous le chiffre 7 de la note, il est rappelé que des situations spéciales, des cas d'*emergency*, peuvent surgir et que, s'il en était ainsi, des restrictions analogues à celles que le Gouvernement indien est en train d'appliquer au transit rendraient impossible l'administration des enclaves.

Pourquoi? Parce qu'en pareil cas, dit la note, l'administration doit faire face à des besoins urgents et que son action doit être rapide.

Et la note portugaise précise que, si de telles conjonctures se réalisaient, le Gouvernement indien encourrait une grave responsabilité — *would assume a grave responsibility*.

L'avertissement est clair: ce que vous faites en ce moment n'est pas encore incompatible avec les besoins de notre administration, mais cela pourrait le devenir si la situation changeait; si elle cessait d'être normale, si nous étions aux prises avec des difficultés exceptionnelles. En pareil cas, les entraves que vous apportez à nos mouvements rendraient l'administration impossible et engageraient lourdement votre responsabilité.

Comment soutenir dès lors que la question des mesures prises par l'Inde au sujet du transit portugais pourrait être jugée sans tenir compte des événements qui se préparaient dans les enclaves et de l'attitude de l'Inde à l'égard de ces événements?

Supposons que le Gouvernement indien ait ignoré ces événements. Supposons qu'il puisse dire: « Non seulement je n'ai apporté aucune assistance aux auteurs des coups de force qui ont été perpétrés contre Dadrá et Nagar-Aveli, mais je ne soupçonnais même pas leurs intentions. » Il est évident que sa position serait alors toute différente de ce qu'elle est si nous pouvons établir qu'il était au courant de la menace qui pesait sur les enclaves.

Si nous établissons qu'il connaissait cette menace, qu'il connaissait le projet des envahisseurs, et *a fortiori*, si nous établissons qu'il a coopéré d'une façon quelconque à sa réalisation, les mesures qu'il a prises en matière de transit prennent un tout autre caractère au point de vue de sa responsabilité.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je ne plaide pas en ce moment la responsabilité de l'Inde. Pour l'instant je ne formule qu'une hypothèse. Mais je dis que la question est essentielle, qu'elle est liée à l'objet de la demande, et qu'il serait tout à fait inadmissible d'en exclure *a priori* l'examen en soutenant qu'elle n'est pas couverte par la requête introductive d'instance

[Audience publique du 23 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comme j'ai eu l'honneur de le rappeler à la fin de la dernière audience, le Gouvernement de l'Inde soutient qu'il faudrait dissocier complètement les mesures qu'il a prises à l'égard du transit portugais des événements qui ont abouti à l'occupation des enclaves et de sa responsabilité éventuelle au sujet de ces événements. D'après lui, il y aurait là deux séries de faits indépendantes l'une de l'autre au point de vue du procès, et l'action dont la Cour est saisie porterait uniquement sur les restrictions et les interdictions de transit, de telle sorte qu'en faisant état de la responsabilité de l'Inde dans les événements dont Dadrá et Nagar-Aveli ont été l'objet, le Portugal sortirait du cadre de sa requête introductive d'instance. Je crois avoir démontré que cette thèse est tout à fait artificielle et que la distinction sur laquelle elle repose n'a aucun fondement dans la réalité. Mais ce n'est pas la seule raison pour laquelle elle doit être repoussée, il y en a d'autres, et il y a notamment le fait indiscutable que le texte même de la requête portugaise la contredit formellement.

La requête passe-t-elle sous silence la solidarité qui existe entre l'obligation de l'Inde et les besoins de l'administration des enclaves? Elle la met au contraire en plein relief. Je serais tenté de dire qu'elle en fait son *leitmotiv*.

Le droit du Portugal est présenté « comme un complément naturel et indispensable de la souveraineté sur les enclaves » (par. 8 de la requête).

L'attitude de l'Inde est dénoncée comme empêchant le Portugal « d'exercer les droits de souveraineté incontestés et incontestables qui lui appartiennent sur les enclaves » (par. 19 de la requête).

Aux paragraphes 10, 20 et 23 *a*), il est dit clairement que la revendication d'un droit de passage n'est formulée que dans la mesure requise par l'exercice de la souveraineté.

Au paragraphe 23 *b*), le Portugal demande à la Cour de dire et juger que l'Inde a *attenté à la souveraineté sur les enclaves* en empêchant l'exercice du droit de passage.

Quant à l'exposé des faits contenu dans la requête, il serait difficile de prétendre qu'il passe sous silence le rapport existant entre les événements dont les enclaves ont été le théâtre et la politique suivie par le Gouvernement indien à l'égard du transit portugais. Il met au contraire ce rapport en pleine lumière.

Comme il se doit, le Gouvernement portugais s'en est tenu, dans cet exposé initial des faits, à l'essentiel. Il n'a retenu que les faits les plus saillants, ceux qu'il jugeait précisément nécessaires pour caractériser sa demande.

Comment l'a-t-il fait?

Après avoir rappelé que, pendant près de deux siècles, son droit de passage n'avait été ni violé, ni menacé, il dénonce le « changement radical » qui s'est produit en 1954.

« C'est alors — dit-il — que, poursuivant la campagne qu'elle menait ouvertement depuis 1950 pour l'annexion du territoire portugais ... l'Inde a commencé à empêcher le Portugal d'exercer le droit de passage décrit plus haut » (par. 11 de la requête).

Ainsi, la première chose que fait la requête, quand elle aborde le changement qui a donné naissance au litige, c'est de rattacher les mesures prises par l'Inde en matière de transit à sa campagne d'annexion.

Non seulement ces mesures ne sont pas présentées isolément, comme un phénomène qu'on pourrait expliquer et juger sans le rattacher à d'autres, mais il est expressément signalé qu'elles sont liées à la campagne annexionniste de l'Inde ; qu'elles en constituent un épisode.

La requête accuse le Gouvernement indien d'avoir cherché à isoler les enclaves et elle souligne que cet isolement a été le *prélude de l'invasion* (par. 12, 13 et 14).

L'isolement, dit-elle, a été obtenu par deux moyens : en coupant les communications entre Damão et les enclaves, et en concentrant des forces aux frontières.

Je lis le paragraphe 12 de la requête :

« Le vingt-et-unième jour du mois de juillet 1954 ... le Gouvernement de l'Inde a coupé toutes les communications entre Damão ... les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et chacune de ces deux enclaves, isolant celles-ci totalement du monde extérieur, empêchant le gouverneur de Damão lui-même d'y accéder, et concentrant des troupes, de force considérable, sur le sol indien près des frontières desdits territoires. »

C'est clair. Le grief formulé à charge de l'Inde, c'est d'avoir cherché à isoler les enclaves.

Ce ne sont pas les mesures relatives au transit en elles-mêmes et indépendamment de l'objectif poursuivi qui sont dénoncées. Les mesures ne sont dénoncées que comme un moyen d'arriver à l'isolement des enclaves.

Et à cet égard, la mention de concentrations de troupes est significative. Il ne s'agit plus ici d'interdictions ou de restrictions de transit. Il s'agit d'un tout autre moyen mais employé dans le même but.

Le Gouvernement indien soutient qu'il n'y a pas eu en fait de concentrations de troupes. Cela, c'est une autre question. C'est la question de savoir si le grief articulé par le Portugal est fondé.

Ce que nous débattons en ce moment, c'est la portée de la requête, l'objet de la demande du Portugal. Et, à cet égard, on ne peut pas mettre

en doute que, dans la requête, les mesures de transit sont dénoncées au même titre que les concentrations de troupes; qu'elles sont dénoncées non point en elles-mêmes et pour elles-mêmes, mais bien comme un moyen de réaliser l'isolement des enclaves, prélude de leur invasion.

Et tout cela se situe, aux termes mêmes de la requête, dans le cadre d'une politique d'annexion, ouvertement poursuivie depuis 1950.

Comment peut-on prétendre, dans ces conditions, que les manquements imputés au Gouvernement indien dans la requête introductive d'instance devraient être considérés en dehors des événements se rapportant à l'occupation des enclaves et sans tenir compte de l'attitude prise par l'Inde à l'égard de ces événements?

Non seulement cette dissociation serait inadmissible parce qu'elle donnerait une vue tout à fait artificielle de la réalité, mais le texte de la requête la condamne expressément, comme nous venons de le voir.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la prétention qui est émise à ce sujet par le Gouvernement de l'Inde est d'autant plus étrange qu'il se met lui-même en contradiction avec elle dans l'argumentation qu'il nous oppose.

Une partie importante de cette argumentation est en effet basée sur les événements qui se sont produits dans les enclaves en 1954 et sur la situation qui en est résultée.

Il est vrai qu'avant d'aborder cet ordre d'idées, le Gouvernement indien avait cru sage de prendre une précaution.

On lit, en effet, au paragraphe 6 de son contre-mémoire, que si le Gouvernement indien croit bon de présenter un exposé des faits se rapportant à l'insurrection, c'est uniquement à titre d'information, pour que la Cour soit en mesure d'apprécier la véritable portée des intentions du Portugal, dans les circonstances réelles de l'affaire, mais que l'Inde ne doit pas être considérée comme ayant donné par là son accord à l'introduction dans l'affaire d'une demande qui ne figure pas dans la requête.

Le Gouvernement indien protestait ainsi, on le voit, à l'avance contre toute application à l'espèce du principe *forum prorogatum*.

Les paragraphes 9 et 10 de sa duplique confirment cette position.

Mais il suffit, je crois, de quelques instants de réflexion pour se rendre compte qu'elle est absolument insoutenable.

Si le Gouvernement indien se bornait réellement à un exposé de faits, destiné à éclairer la Cour *et n'ayant pas d'autre portée*, on pourrait admettre que sa réserve se justifie. Mais ce n'est pas du tout le cas.

A côté de l'exposé des faits, qui couvre les paragraphes 217 à 238, on trouve dans le contre-mémoire quelque chose de tout différent. C'est la partie VII, qui comprend les paragraphes 343 à 347, et ce sont les conclusions, qui en forment la partie VIII.

Ici, il ne s'agit plus d'un simple exposé de faits. Il s'agit d'une argumentation essentielle, d'un élément constitutif — et même d'un élément capital — de la thèse soutenue par l'Inde.

Dans ces deux parties du contre-mémoire, le Gouvernement de l'Inde s'abrite derrière la prétendue insurrection des enclaves pour justifier son opposition à l'exercice du droit de passage.

Sa thèse est la suivante:

A supposer que le droit de passage revendiqué par le Portugal existe réellement, ce droit ne s'appliquerait pas dans les circonstances présentes. En raison de ces circonstances, l'Inde ne serait pas obligée d'accorder le passage.

Pour reprendre les termes mêmes qui figurent dans les conclusions du contre-mémoire, même si le Portugal prouvait l'existence de règles établissant le droit qu'il revendique :

« les circonstances très spéciales qui existent depuis une époque récente dans les enclaves ... suffiraient à justifier une *exception* à ces règles ».

Cette thèse est reprise dans la duplique, qui lui consacre toute sa VI^{me} partie, comprenant les paragraphes 595 à 650.

On ne contestera pas que nous sommes bien ici dans le cadre du litige. Il s'agit du droit de passage revendiqué par le Portugal dans sa requête introductive d'instance. L'Inde prétend que, même si ce droit existe, elle ne serait pas tenue de se conformer aux obligations qu'il comporte pour elle, *en raison des circonstances spéciales qui se sont produites dans les enclaves*.

Ces circonstances forment donc le pivot de son argumentation.

Or si on les fait intervenir dans le débat pour jouer ce rôle, il est de toute évidence qu'il faut les prendre dans leur ensemble.

La situation de fait qui existe dans les enclaves est le résultat d'une série d'événements qu'on ne peut pas séparer arbitrairement. C'est un complexe qu'il faut accepter dans sa totalité, si on veut en tirer des conséquences juridiques.

Le Gouvernement indien ne peut pas en retenir certains aspects et prétendre laisser les autres dans l'ombre.

Il soutient, par exemple, que nous serions en présence d'une insurrection générale de la population des enclaves et il attache à ce fait une importance considérable. La majeure partie de son argumentation est même construite sur ce postulat.

Mais comment se faire une opinion à cet égard sans connaître d'une manière générale les conditions de fait dans lesquelles les événements se sont produits, les circonstances qui ont présidé à leur préparation et à leur réalisation, y compris la part que le Gouvernement de l'Inde lui-même a pu prendre à cette préparation et à cette réalisation ?

Le Gouvernement indien avance d'autre part une série d'affirmations concernant l'attitude qu'il serait en droit de prendre dans le conflit opposant les prétendus insurgés au gouvernement légal.

Mais, encore une fois, comment se faire une opinion sur ce point sans prendre en considération le rôle qu'il a joué lui-même dans ces événements ? Sa position juridique actuelle peut être toute différente selon qu'il est resté complètement étranger aux événements ou qu'au contraire il les a favorisés.

Nous discuterons tout cela le moment venu. Mais sans entrer, pour l'instant, dans l'examen des faits, nous pouvons au moins constater qu'il semble impossible de se prononcer en connaissance de cause sur des questions de ce genre sans se demander si l'Inde a une part de responsabilité dans les événements qui ont bouleversé l'ordre légal à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Je me résume.

La thèse d'après laquelle la responsabilité de l'Inde devrait être appréciée en considérant isolément les mesures qu'elle a prises à l'égard du transit portugais, sans tenir compte des mouvements dirigés contre les enclaves et de l'attitude du Gouvernement indien à l'égard de ces mouvements — cette thèse ne résiste pas à l'examen.

Elle est condamnée d'abord par le bon sens, car la séparation qu'elle voudrait établir entre les deux ordres de faits dont il s'agit serait tout à fait artificielle et déformerait complètement la réalité.

Elle est condamnée par le texte même de la requête introductive d'instance, qui, loin d'établir une telle séparation, lie au contraire étroitement les deux ordres de faits et met constamment en relief le rapport existant entre les mesures prises par l'Inde au sujet du transit portugais et son attitude à l'égard des événements politiques en cours.

Elle est condamnée enfin par l'argumentation de l'Inde qui, pour échapper à ses obligations normales en matière de transit, se prévaut des circonstances spéciales existant actuellement dans les enclaves — alors que ces circonstances ne pourraient pas être caractérisées et appréciées à ce point de vue sans tenir compte du rôle que l'Inde a joué dans leur réalisation.

La responsabilité du Gouvernement indien dans l'entreprise qui a abouti à l'occupation des enclaves et sa responsabilité dans la consolidation du pouvoir de fait des occupants, loin d'être étrangères à l'objet du litige, en font partie intégrante et en constituent même un élément de première importance.

3. PLAIDOIRIE DE M. BRAGA DA CRUZ

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 23, 24 ET 25 SEPTEMBRE 1959

[*Audience publique du 23 septembre 1959, matin*]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

C'est un grand honneur pour moi de prendre la parole devant cette haute Cour, dont je salue respectueusement les membres et à qui je veux, avant tout, présenter le témoignage de ma très haute considération.

La tâche m'échoit d'exposer, dans le procès en cours contre le Gouvernement de l'Inde, le point de vue du Gouvernement portugais sur les faits relatifs à la période mahratte. Cette période se termine en 1818, au moment où le vieil empire mahratte perd son indépendance et où l'autorité britannique s'établit définitivement sur l'Inde.

Le Gouvernement portugais n'a pas eu besoin de plus de quatre pages et demie de son mémoire (par. 9 à 20 et 24) pour exposer ce que cette période offre de véritablement essentiel pour la décision du procès; et il a jugé illustrer suffisamment sa pensée en présentant 15 documents (annexes 1 à 13, 19 et 20).

Dans son exception préliminaire (par. 65) le Gouvernement de l'Inde a commencé par déclarer qu'il « ne considère pas que les événements de la période mahratte aient une grande importance »; mais contrairement à ce que cette affirmation pouvait laisser espérer, il s'est répandu en de longues considérations sur les événements de cette période (par. 65 à 90), en les faisant suivre de nombreux documents, qui n'occupent pas moins de 80 pages du volume correspondant des annexes.

L'ampleur donnée par le Gouvernement de l'Inde à l'étude des faits de la période mahratte s'accrut encore dans son contre-mémoire: 20 pages de texte (par. 52 à 113) et 62 autres de nouveaux documents vinrent, dans cette pièce, augmenter le volume de l'étude de la période mahratte, en plus de la publication répétée de tous les documents déjà produits aux annexes à l'exception préliminaire.

Malgré l'importance secondaire de la plupart des faits allégués dans cette exception et dans le contre-mémoire, le Gouvernement portugais ne voulut rien laisser qui n'ait été l'objet d'une étude attentive et d'une réponse pertinente; et ceci l'obligea à remplir 40 pages de sa réplique de l'analyse des faits relatifs à la période mahratte, sans préjudice de deux études juridiques et de 47 documents publiés au volume correspondant des annexes.

Ce foisonnement de pages et de documents dépasse finalement les bornes dans la duplique indienne. Le Gouvernement de l'Inde, bien loin déjà de son affirmation initiale de l'importance réduite des faits relatifs à la période mahratte, proclame sans raison que « la demande présente un caractère essentiellement historique » (par. 1). Et il s'en prévaut pour ne pas consacrer moins de 140 pages — quasi la moitié de la duplique — à la période mahratte, en y ajoutant presque 200 pages de documents nouveaux.

Il est temps de faire fondre cette boule de neige, qui, en roulant, pendant ces trois dernières années, a pris des proportions si démesurées, et d'essayer de découvrir ce qui, à l'intérieur, pourrait vraiment posséder consistance et valeur. Il est temps de relever la tactique de la Partie adverse qui essaie d'attirer l'attention de la Cour sur un nombre indéfini de questions secondaires, dans l'espoir d'estomper le relief des faits fondamentaux, clairement et sans équivoque favorables à la thèse du Gouvernement portugais.

Tel est, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le travail auquel je vais m'attacher, avec l'intention de faciliter une juste et rigoureuse appréciation des problèmes.

Le Gouvernement portugais soutient devant cette Cour qu'un droit de passage sur le territoire indien entre Damão littoral et les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli lui appartient; et il affirme que ce droit, entre autres fondements, possède une base conventionnelle.

En réalité, la souveraineté portugaise sur les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli a résulté de la conclusion, en 1779, d'un traité entre l'État portugais de l'Inde et le Gouvernement mahratte de Punem, en vertu duquel les Mahrattes s'engageaient à remettre aux Portugais, près de Damão, des villages produisant un revenu de 12.000 roupies (annexe n° 1 au mémoire et annexes indiennes C n°s 2 à 5). Les Mahrattes voulurent exécuter cette clause du traité en remettant aux Portugais, l'année suivante (1780), certains villages voisins du territoire de Damão littoral (annexes indiennes C n°s 8 à 11); mais comme ceci devint impossible du fait de l'occupation desdits villages par les Anglais, ils finirent par remettre à l'État portugais, en 1783, les villages qui forment l'enclave de Nagar-Aveli (annexes indiennes C n°s 12, 14 et 15) et, en 1785, six autres villages encore, parmi lesquels le territoire qui forme aujourd'hui l'enclave de Dadrá (annexes indiennes C n°s 16 à 18), parce qu'on constata que le revenu des premiers n'atteignait pas celui stipulé de 12.000 roupies. La remise effective de ces enclaves à l'État portugais fut suivie de la conclusion de deux accords complémentaires: l'un de 1783, qui fait l'objet de l'annexe n° 32 à la réplique du Gouvernement portugais, et l'autre de 1785, contenu dans l'annexe n° 8 du mémoire du même Gouvernement.

Le Traité de 1779, en faisant cette concession territoriale aux Portugais, leur conférait forcément les moyens indispensables à l'exercice des droits qu'elle impliquait. Si elle avait été concrétisée sur des villages contigus à Damão littoral, l'exercice de ces droits n'aurait pas impliqué la nécessité de passer par territoire mahratte; mais comme elle vint à se concrétiser sur des territoires enclavés, les droits conférés par les Mahrattes aux Portugais auraient été vidés de leur contenu s'ils n'avaient pas entraîné avec eux la faculté implicite de passer par les territoires intercalaires restitués entre temps à la souveraineté mahratte.

C'est dans ce sens que le Gouvernement portugais affirme, avec conviction, que son droit de passage sur les territoires compris entre Damão littoral et Nagar-Aveli a son origine dans le Traité même de 1779. Et c'est dans le même sens qu'il soutient que cette base conventionnelle a été confirmée par les accords complémentaires de 1783 et de 1785, dans la mesure où ceux-ci concrétisaient des droits et des obligations que l'État portugais ne pouvait exercer s'il n'était pas effectivement présent dans les enclaves.

Outre cette base conventionnelle, le Gouvernement portugais invoque encore, comme fondement de son droit, l'existence d'une coutume locale: à savoir, le transit effectif de personnes, d'armes et de marchandises entre Damão littoral et les enclaves, accompagné de la conviction de sa nécessité, c'est-à-dire, d'une *opinio juris vel necessitatis*, et il soutient que ce transit, accompagné de cette conviction, a commencé à fonctionner dès le moment où les Portugais ont pris possession effective de Nagar-Aveli et de Dadrá, et qu'il a été exercé, par conséquent, pendant tout le temps où les Mahrattes dominèrent les territoires qui séparent Damão des enclaves.

Voici, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la juste mesure de la valeur que les faits de la période mahratte revêtent pour l'appréciation de ce procès; ces faits n'ont ni le peu d'importance historique que le Gouvernement de l'Inde leur a attribué dans l'exception préliminaire — sous prétexte que les Britanniques ont fait table rase de tous les engagements assumés antérieurement par les Mahrattes (ce qui n'est pas exact) — ni l'importance juridique exagérée que ce même Gouvernement de l'Inde leur attribue dans sa duplique, sous prétexte que « la demande présente un caractère essentiellement historique ».

L'affaire, contrairement à ce que prétend le Gouvernement de l'Inde, est loin d'avoir un caractère essentiellement historique, car les principes généraux du droit et la coutume générale seront toujours suffisants, en eux-mêmes, pour fonder et justifier le droit de passage que le Gouvernement portugais réclame devant la Cour. Et, de cette façon, les faits de la période mahratte sont loin, également, d'avoir une valeur juridique décisive pour l'appréciation du différend; ils servent seulement à démontrer que le droit réclamé par le Gouvernement portugais, en plus de ce qu'il s'établit sur les principes généraux du droit et sur la coutume générale, a aussi pour fondement une base conventionnelle et une coutume locale datant d'une période reculée. Et c'est tout.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans cet ordre d'idées, le premier point et le plus important à éclaircir au sujet de la période mahratte est celui de savoir si un véritable traité fut ou non conclu entre les Portugais et les Mahrattes en 1779.

Pour le Gouvernement portugais, ce traité a véritablement existé en tant que tel; il se compose d'une version en langue portugaise, signée et scellée le 4 mai 1779 par le vice-roi Dom José Pedro da Câmara, et remise officiellement au Gouvernement de Punem (annexe indienne C n° 2), et d'une version en langue mahratte, authentifiée le 17 décembre 1779, par apposition du sceau du *Peshwa*, le premier ministre qui agissait en véritable souverain mahratte, et envoyée officiellement par celui-ci au Gouvernement de Goa (annexe indienne C n° 3).

C'est de l'article 17 de ce traité, dans l'une ou l'autre des deux versions indiquées, que résulte l'obligation pour le Gouvernement mahratte de remettre aux Portugais, près de Damão, des villages produisant un revenu de 12.000 roupies.

Pour le Gouvernement de l'Inde, au contraire, ce traité n'a jamais existé en tant que tel. Les deux textes indiqués n'auraient été rien de plus que de simples projets d'un traité qui ne fut jamais conclu, sans valeur juridique supérieure à celle de deux autres projets rédigés l'un en 1775 et l'autre en 1777 (annexes indiennes E n°s 3 et 5). Et donc, la stipulation de remettre aux Portugais des villages produisant un revenu de 12.000

roupies, contenue dans l'article 17 de ces textes, n'aurait eu aucun caractère obligatoire.

Cette thèse fut présentée par le Gouvernement de l'Inde pour la première fois dans son contre-mémoire. En effet, tant dans l'exception préliminaire que dans les plaidoiries, il se réfère, à différentes reprises, au *Traité de 1779*, sans élever le plus léger doute au sujet de son existence juridique en tant que véritable traité.

La thèse du Gouvernement indien sur l'inexistence d'un véritable traité entre Portugais et Mahrattes en 1779 tient en ces quatre points, qu'on trouve formulés au paragraphe 85 de la duplique :

- 1) « Il n'y a pas de document contenant la signature et le sceau des deux parties »;
- 2) « Il n'y a eu ratification ni de la part de la reine du Portugal ni de la part du vice-roi portugais »;
- 3) « Il n'y a pas eu échange de documents authentiques »;
- 4) « Les documents en question présentent des divergences ».

En réponse au premier point, nous dirons simplement ceci : Il est exact qu'il n'existe aucune version du *Traité de 1779* simultanément homologuée par le Gouvernement portugais de l'Inde et par le Gouvernement mahratte; mais on ne peut nullement en déduire que le traité n'ait pas été conclu sous une forme juridique, par échange de documents, dûment authentifiés, entre les Gouvernements de Goa et de Punem.

Le Gouvernement portugais a déjà fait remarquer, au paragraphe 63 de la réplique, « que l'établissement de traités par échange de textes authentiques entre les Gouvernements intéressés était d'usage courant à cette époque chez les peuples d'Asie »; et il a donné comme exemple un traité conclu entre l'État portugais de l'Inde et le chef indien Angria, qui figure aux annexes au contre-mémoire, II, page 261. Ce traité fut conclu par l'échange de textes dûment authentifiés et il resta en vigueur jusqu'au jour où il fut dénoncé par consentement mutuel. Le fait, que le Gouvernement de l'Inde invoque au paragraphe 80 de la duplique, qu'il exista aussi à cette époque des traités signés simultanément par les deux Parties intéressées n'invalide pas l'argument du Gouvernement portugais, puisque celui-ci affirme seulement que le système de conclusion de traités par échange de textes authentiques était courant à cette époque; il n'a jamais dit qu'il était exclusif.

Mais il convient de remarquer en outre, dans le cas particulier du *Traité de 1779*, que sa conclusion au moyen d'échange de textes authentiques fut dûment prévue et préparée par les deux Hautes Parties intéressées. Le projet élaboré en 1775 (annexe indienne E n° 3) se termine en effet par les mots suivants :

« En conséquence, un accord est rédigé. Le Firangee (*c'est-à-dire le Gouvernement de Goa*) le conclura avec cérémonie, selon sa coutume, y apposant son sceau et sa signature. Le Peshwa (*c'est-à-dire le Dominant mahratte*) apposera son sceau sur l'accord, avec cérémonie, selon sa coutume; il le remettra au Firangee et le Firangee le remettra au Peshwa. *Au reçu de ces copies*, les deux parties adresseront des instructions à cet égard aux *amaldars, subhadars* ou commandants de la marine des deux territoires et un avis sera diffusé par le crieur public dans les deux territoires afin que personne n'agisse par ignorance contrairement à cet accord, et il n'aura aucune raison de rompre l'amitié. »

Comme on le voit, le texte parle d'un échange de documents authentifiés respectivement, du côté de Goa, par l'apposition du sceau et de la signature du vice-roi, et, du côté de Punem, simplement par celle du sceau du *peshwa*. Le traité sera donné pour conclu et les ordres pour son exécution seront expédiés dès que cet échange de textes aura été constaté. Le document le dit expressément : « Au reçu de ces copies ». Et la version anglaise fournie par le Gouvernement de l'Inde, à l'annexe indienne E n° 3 et à l'annexe indienne F n° 20, est plus expressive encore : « *On the delivery of these copies to each other* », c'est-à-dire « lors de la remise de ces textes par chacune des Parties à l'autre ».

Et tout se passa, en réalité, suivant les termes rigoureusement prévus : Le vice-roi portugais Câmara authentifia de son sceau et de sa signature, le 4 mai 1779, un texte du traité, que l'ambassadeur de l'État portugais à Punem, Narana Sinai Dumo, remit au Dominant mahratte (annexe indienne E n° 6). Le Dominant mahratte, à son tour, après avoir reçu ce document, fit rédiger un texte correspondant en langue mahratte, l'authentifia de son sceau le 17 décembre 1779, et l'envoya au vice-roi. A partir de ce moment, le traité était conclu.

Au second point de la thèse indienne, d'après lequel le traité serait nul parce qu'il lui manquerait la ratification du Gouvernement de Lisbonne, il faut simplement répondre que le Gouvernement de l'Inde a été ici victime d'une équivoque de caractère historique : il oublie que l'État portugais de l'Inde était, à cette époque, un État majestueux — « le majestueux État », comme, à plusieurs reprises, il est désigné dans les documents — gouverné par un vice-roi en possession de pleins pouvoirs pour conclure des traités avec les peuples voisins et pour les faire exécuter, sans nécessité de quelque ratification que ce soit du Gouvernement central. Ce régime était alors en vigueur depuis l'an 1505, c'est-à-dire plus de deux siècles.

Il suffit de parcourir l'ouvrage de Biker « *Colecção de Tratados e Concertos de Paz* » (« Collection de Traités et d'Accords de Paix »), où sont publiés les principaux traités conclus à cette époque par les vice-rois, pour constater qu'aucun de ceux-ci ne fut soumis formellement à une ratification du Gouvernement de Lisbonne.

Le vice-roi envoyait à Lisbonne, avec les rapports sur son activité administrative, les copies des traités qu'il avait conclus, non pour qu'ils y fussent juridiquement ratifiés, mais uniquement pour que la politique qu'ils traduisaient pût être dûment *appréciée* et *approuvée* par le Gouvernement de Lisbonne.

C'est là le sens historique de deux faits que le Gouvernement de l'Inde n'a pas bien interprétés et au sujet desquels il se lance, aux paragraphes 81 à 83 de la duplique, dans des spéculations compliquées et inutiles : la révocation du traité avec le chef indien Angria, effectuée en 1782, quatre ans après sa conclusion, et l'approbation donnée par la reine D. Maria I, en 1782, au Traité luso-mahratte de 1779.

Il n'y eut ni *refus de ratification* du premier traité comme le suppose le Gouvernement de l'Inde, ni *octroi de ratification* du second au sens juridique de ces expressions. Dans le premier cas, la reine du Portugal ordonna de proposer au chef indien Angria certaines modifications au traité antérieurement conclu avec celui-ci, et comme ces modifications ne furent pas acceptées, le traité fut dénoncé, après être resté en vigueur pendant près de quatre ans. Dans le second cas, la reine se limita à faire savoir au vice-roi, par l'intermédiaire du secrétaire d'État, qu'elle don-

naît son *approbation* au traité conclu : « Sa Majesté a jugé bon d'*approuver* ledit traité », dit textuellement la lettre du secrétaire d'État au vice-roi (annexe indienne E n° 8).

Il ne fut donc pas — et il ne le pouvait être — question de *ratification*, au sens juridique, du Traité de 1779. Le traité ne fut pas envoyé à Lisbonne pour une *ratification*, qui n'était pas juridiquement nécessaire, mais seulement pour prise de connaissance et appréciation par le gouvernement central, comme, d'ailleurs, le montre clairement la lettre du vice-roi au secrétaire d'État sur cette question (annexe indienne E n° 7). Tout ce que le Gouvernement de l'Inde affirme dans le *contre-mémoire* et la duplique à cet égard est donc dénué de valeur et superflu, puisque tiré d'une fausse supposition.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au troisième point de la thèse indienne, selon lequel on ne serait nullement parvenu à l'échange de textes authentiques du traité, il suffira de répondre par deux documents que le Gouvernement de l'Inde lui-même a pris l'initiative de reproduire aux annexes E n° 6 et F n° 22.

Le premier de ces documents est la lettre que le Dominant mahratte lui-même (le *peshwa*) écrivit le 23 décembre 1779 au vice-roi D. Frederico Guilherme de Sousa, pour lui annoncer l'envoi du texte mahratte du traité, scellé six jours auparavant :

« ... Le Grand D. José Pedro da Câmara, ancien gouverneur de ces ports, avait envoyé, pour renforcer l'amitié de mon Sarkar, le traité d'accord qui avait été remis à mon Sarkar par Narayan Vithal. J'ai donc ordonné que, de la part de mon Sarkar, le traité d'accord soit remis au susnommé, qui vous le dépêchera, et je vous demande d'en accuser réception et je désire l'observation réciproque de ce qui a été convenu... »

Ce texte est extrêmement clair et démontre avec une parfaite netteté :

1) que ce qui fut remis au Sarkar (c'est-à-dire à la chancellerie mahratte) par l'envoyé portugais Narayan Vithal (ou Narana Sinai Dumo) et sur l'ordre du vice-roi n'était pas un simple projet de traité, mais « le traité d'accord », c'est-à-dire le traité lui-même, cette expression ne pouvant rien désigner d'autre que le texte authentique lui-même signé et scellé à Goa par le vice-roi le 4 mai 1779 ;

2) que le *peshwa* (ou Dominant mahratte) accusa réception de ce texte et manifesta implicitement qu'il l'acceptait ;

3) que le *peshwa* ordonna d'élaborer un texte mahratte du même traité (et non un simple contre-projet et le confia à l'envoyé portugais pour être remis au vice-roi ;

4) que le *peshwa* demanda au vice-roi de lui *accuser réception* de ce texte et non de le signer ni de le confirmer ;

5) que le *peshwa* considérait, dès cet instant, le traité comme conclu, puisqu'il dit textuellement au vice-roi : « Je désire l'observation réciproque de ce qui a été convenu. »

Le second document ici invoqué (annexe indienne F n° 22) est constitué par deux lettres, datées du 17 novembre 1779, rédigées par des fonctionnaires de la chancellerie mahratte. Toutes les deux révèlent :

1) qu'à cette date le texte du « traité élaboré par le Firangee » avait déjà été remis à la chancellerie mahratte — le texte du traité lui-même, notons-le bien, et non d'un simple projet;

2) que ces fonctionnaires possédaient une copie de ce traité; et

3) qu'ils préparaient, à cette époque, la version mahratte du traité, qui devait être scellée exactement un mois plus tard et envoyée par le *peshwa* au vice-roi.

Tout ceci prouve, de la manière la plus concluante, que la version portugaise du traité, scellée et signée par le vice-roi le 4 mai 1779, fut effectivement remise au *sarkar* du *peshwa* mahratte. De même, on ne peut, non plus, mettre en doute qu'une version mahratte du traité, datée du 17 décembre 1779, dûment authentifiée du sceau du *peshwa*, et dûment accompagnée d'une lettre du Dominant mahratte lui-même, qui considérerait l'accord comme conclu, n'ait été reçue à la chancellerie de Goa. Ce texte mahratte du traité figure encore aujourd'hui dans les archives de Goa et est actuellement déposé au Greffe de la Cour; et cette lettre, que nous avons déjà analysée plus haut, a été publiée il y a déjà longtemps dans l'ouvrage de Biker, et le Gouvernement de l'Inde ne peut lui dénier sa valeur, puisque c'est lui-même qui l'a invoquée dans ce procès et qui l'a publiée dans l'annexe indienne E n° 6.

Comme on le voit, c'est contre la lettre expresse des documents et contre l'évidence même des faits que la Partie adverse soutient qu'« il n'y a pas eu échange de documents authentiques ».

Une réponse concluante a déjà été donnée dans le paragraphe 69 de la réplique portugaise au quatrième et dernier point de la thèse indienne, selon lequel l'existence juridique du traité serait invalidée par les divergences existant entre le texte portugais et le texte mahratte.

Les deux textes en présence ont le même nombre d'articles. Les matières traitées dans chacun d'eux coïncident rigoureusement article par article; les charges assumées par chaque Partie sont exactement les mêmes dans le texte portugais et dans le texte mahratte. Il existe, sans doute, de petites différences de rédaction et de termes, inévitables entre deux textes rédigés en langue de structure aussi différente; mais ces différences ne peuvent en rien invalider l'existence juridique du traité.

Dans le traité lui-même, d'ailleurs, il y a un article — l'article 6 — qui prévoit l'hypothèse de divergences entre les deux Parties contractantes, et détermine que celles-là devront être résolues par des conversations directes « de façon strictement conforme audit traité ». Et il suffit de comparer la rédaction portugaise à la rédaction mahratte de cet article pour voir qu'il se rapporte, non seulement à des différends d'ordre politique étrangers au traité — comme le prétend le Gouvernement de l'Inde — mais aussi à des divergences qui auraient pu surgir dans l'interprétation et dans l'application du traité lui-même.

Si quelque doute pouvait encore subsister, après toutes ces constatations, sur l'existence d'un véritable traité luso-mahratte, conclu en 1779 par échange de textes authentiques, un seul fait suffirait pour trancher définitivement la question: à savoir que tous les documents de la chancellerie mahratte qui se rapportent à la remise des villages à l'État portugais mentionnent expressément le Traité de 1779 et attribuent à la remise des villages la signification juridique d'une simple exécution de ce qui est convenu dans ce traité. Le Gouvernement portugais l'a déjà fait ressortir aux paragraphes 66, 67 et 91 de sa réplique; et le Gouver-

nement de l'Inde n'a pas pu, ne peut, ni pourra, écarter le poids décisif de cet argument.

Voyons :

Le 19 décembre 1779, deux jours à peine après l'apposition du sceau du *peshwa* sur le texte mahratte du traité, la chancellerie mahratte fit expédier un « memorandum » où on lit textuellement :

« Narayan Vithal Dhume est venu trouver le Huzur [c'est-à-dire le Dominant mahratte] de la part du *firangee* de Goa et a proposé que des relations de sincère amitié soient instituées entre le Gouvernement du *sarkar* et celui de Goa. En conséquence, des relations amicales ont été établies et un traité a été conclu. Ci-après les articles à appliquer qui ont été proposés dans le projet de Saba Sabain (1776/1777). » (Annexe indienne C n° 7.)

C'est la chancellerie mahratte elle-même qui affirme donc, immédiatement après l'expédition du document du 17 décembre 1779, qu'« un traité a été conclu ». Et il est tellement évident que ce traité ne pouvait être autre chose que celui signé deux jours auparavant, que le Gouvernement de l'Inde, au paragraphe 73 de son exception préliminaire, n'a pas hésité à en parler dans ces termes :

« Le 19 décembre 1779, deux jours après la passation du traité par les mahrattes, la note de la Cour de Poona a octroyé la mise en vigueur de sanads ou ordonnances pour la mise en application du traité. »

Et maintenant, c'est ce même Gouvernement de l'Inde qui soutient que le Traité de 1779 n'a jamais existé et qui voudrait faire croire (paragraphe 211 de la duplique) que ce document, en disant qu'« un traité a été conclu », ne se rapporte pas au traité effectivement scellé à la chancellerie mahratte deux jours auparavant, mais bien aux simples promesses faites par le Gouvernement mahratte trois ans plus tôt, en 1776, à l'envoyé portugais Narana Sinai Dumo. Comme si le document n'avait pas clairement fait la distinction — nous l'avons vu — entre ce qu'il nomme en toute rigueur *un traité* — dont il dit qu'il a été *conclu* (c'est-à-dire qu'il venait d'être conclu) — et ce qu'il appelle en toute rigueur un *projet* élaboré trois ans auparavant : « le projet de Saba Sabain », c'est-à-dire « le projet de 1776 ».

Dans tous les autres documents des annexes indiennes C nos 8 à 18, expédiés par la chancellerie mahratte de 1780 à 1785, se retrouve de la même façon une référence expresse au traité ou à l'accord conclu en 1779 :

« Un Sanad est-il rendu *conformément à l'accord* » (annexe indienne C n° 8) ;

« Un Sanad vous a-t-il été envoyé *une fois l'accord conclu* » (annexe indienne C n° 9) ;

« Le Sanad est rendu *après accord* » (annexe indienne C n° 10) ;

« *Un accord* a été fait » (annexe indienne C n° 11) ;

« A l'époque de la *conclusion du traité* avec le Firangee » (annexe indienne C n° 12) ;

« A l'époque de la *conclusion du traité* (annexe indienne C n° 13) ;

« *Un traité a été conclu* entre le Firangee et le Sarkar *au cours de l'année Samanin (1779)* » (annexe indienne C n° 14);

« *Un traité a été conclu en 1779* entre le Firangee et le Sarkar (annexe indienne C n° 15);

« *Un traité a été conclu* entre le Sarkar et le Firangee de Goa *en 1779* » (annexe indienne C n° 16);

« *Il a été convenu en 1779* » (annexe indienne C n° 17);

« *Un traité a été convenu en 1779* entre le Firangee de Goa et le Sarkar » (annexe indienne C n° 18).

Comme on le voit, tous les documents de la chancellerie mahratte qui ont ordonné la remise des villages à l'État portugais se réfèrent expressément à l'*accord* ou au *traité* antérieurement conclu, soit ceux de 1780, qui n'ont pu prendre effet par suite de l'avance des troupes anglaises, soit ceux de 1783 et 1785, qui ont ordonné la remise des enclaves de Nagar-Aveli et de Dadrá. Cinq de ces documents — justement ceux qui se rapportent à la remise de ces enclaves à l'État portugais — ne se bornent pas à dire qu'« un traité a été conclu »; ils disent qu'« un traité a été conclu en 1779 ». Pourtant, le Gouvernement de l'Inde soutient que le traité n'a jamais existé et que ces documents, quand ils parlent d'un « traité conclu en 1779 », entendent simplement se rapporter à une promesse verbale que le Gouvernement mahratte aurait faite en 1776 à l'envoyé Narana Sinai Dumo de remettre quelques villages à l'État portugais.

Je crois, ainsi, pouvoir donner comme pleinement démontré:

1) Qu'entre les Portugais et les Mahrattes, en 1779, un véritable traité fut conclu par l'échange de deux textes dûment authentifiés par le vice-roi portugais et par le *peshwa* de Punem.

2) Que ce traité est la base juridique de la concession territoriale faite aux Portugais, puisque c'est par l'article 17 de ce traité que les Mahrattes s'engagent à remettre au Gouvernement portugais des villages produisant un revenu de 12.000 roupies;

3) Que les documents expédiés par la chancellerie mahratte en 1783 et 1785 pour ordonner la remise de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais, loin d'être la base juridique de la concession — comme le prétend le Gouvernement de l'Inde —, ont une valeur purement exécutoire: ils se rapportent *expressis verbis* au « traité conclu en 1779 » et ils disent que c'est en vertu du traité, ou en exécution de ce qui y fut stipulé, que les villages doivent être, ou ont déjà été, remis à l'État portugais.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai terminé la démonstration du premier et plus important point de la « matière de fait » de ce plaidoyer sur la période mahratte. Et je suis convaincu que pour fonder l'existence d'une base conventionnelle du droit de passage réclamé par le Gouvernement portugais il n'y a plus rien de vraiment essentiel à dire ici.

En effet, même si on devait entendre que la concession des enclaves fut faite à titre précaire — comme le soutient le Gouvernement de l'Inde — et que le Portugal acquit uniquement la souveraineté sur elles par prescription ou longue occupation, il faudrait toujours reconnaître qu'à la base de cette prescription ou longue occupation se dresse le Traité de

1779; il faudrait toujours reconnaître que le titre qui légitima l'occupation de Dadrá et de Nagar-Aveli par les Portugais fut un traité conclu entre le vice-roi du Portugal et le *peshwa* de Punem et que ce titre, en légitimant l'occupation de ces enclaves, légitima implicitement le droit de passage nécessaire à cette occupation.

La conclusion à formuler, si l'on devait accepter cette thèse, serait uniquement que le droit de passage, maintenant réclamé par le Gouvernement portugais devant cette Cour, aurait souffert *tractu temporis* une modification de son contenu et de son but: il aurait commencé par être un droit de passage pour l'exercice de certains droits et obligations d'ordre public sur les enclaves; et il se serait transformé, par la suite, en un droit de passage pour l'exercice de pouvoirs souverains. Mais il devrait forcément toujours rester entendu que ce droit de passage a existé à partir de la remise effective de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais et que sa base primitive est le Traité de 1779 lui-même. Il devrait forcément toujours rester entendu, en un mot, que le droit de passage réclamé par le Gouvernement portugais a une base conventionnelle.

Le problème de la nature juridique que la concession des enclaves aurait prise au début se présente donc comme entièrement dépourvu d'intérêt pour la détermination de la base conventionnelle de notre droit, et, à mon avis, la Cour n'a pas besoin d'en prendre connaissance pour se prononcer sur cette question.

Je ne me déroberai pourtant pas à envisager la question en face, pas plus que le Gouvernement portugais ne s'est dérobé à le faire dans la rédaction de la réplique, pour démontrer que, sur ce point non plus, aucune raison n'assiste la Partie adverse. Mais je ne me perdrai pas dans la discussion de détails superflus qui ne servent qu'à embrouiller un problème, en lui-même suffisamment clair. En un mot: dans ce problème superflu, tout demande aussi à être réduit à l'essentiel.

Entrons donc dans la question:

Les enclaves de Nagar-Aveli et de Dadrá furent remises à l'État portugais de l'Inde en 1783 et 1785, en accomplissement de l'article 17 du Traité de 1779, par lequel les Mahrattes s'engageaient à donner au Portugal, près de Damão, des villages produisant un revenu de 12.000 roupies. Jusqu'à cette action, personne n'avait jamais mis en doute que les Portugais eussent acquis par ce traité, et dès le premier moment, la pleine souveraineté sur les territoires qu'ils reçurent ainsi des Mahrattes. Mais le Gouvernement de l'Inde, au cours de ce procès, est venu soutenir que la concession avait un caractère différent: au lieu d'avoir été une concession territoriale en pleine souveraineté, elle aurait été une concession de type spécial dénommée *jagir* ou *saranjam*, et comme telle, elle aurait eu un caractère purement fiscal, ne portant que sur le revenu produit par les villages mentionnés et aurait été révoicable en tout temps par libre et exclusive volonté du donateur.

Deux aspects fondamentaux et distincts doivent être considérés dans l'appréciation de ce problème: l'un de caractère doctrinal et théorique qui consiste à savoir quelle est la valeur juridique des expressions *saranjam* ou *jagir* et quel est le régime auquel obéissaient les concessions ainsi dénommées; l'autre de caractère pratique, qui consiste à savoir si la concession territoriale faite aux Portugais doit ou non être qualifiée de concession-*saranjam* et, en quelque hypothèse, quelle est la nature juridique revêtue par cette concession.

Nous envisagerons successivement ces deux aspects du problème. Entamons tout de suite l'appréciation du premier.

Le Gouvernement de l'Inde s'est prononcé au paragraphe 71 de son exception préliminaire et au paragraphe 56 de son contre-mémoire sur la valeur juridique des expressions *saranjam* ou *jagir*.

Le Gouvernement portugais a présenté ensuite sur le même thème une étude minutieuse et il l'a fait publier en annexe à sa réplique (annexe 1) pour ne pas surcharger ni couper l'exposition des faits qui compose cette pièce à procès.

Le Gouvernement de l'Inde, enfin, a repris la question. Mais il a préféré le faire dans le texte même de sa duplique (par. 98 à 158), ne conservant pour le volume d'annexes que la publication de divers textes de jurisprudence, doctrinaux ou législatifs, destinés à fonder ses allégations (annexes indiennes F n^{os} 24 à 40).

La thèse développée par le Gouvernement portugais à l'annexe n^o 1 de sa réplique peut se résumer comme suit :

1^o Les termes *saranjam* et *jagir*, contrairement à ce que prétend le Gouvernement de l'Inde, n'ont pas un sens unique, rigoureux et juridiquement précis; et cela suffit pour rejeter la thèse indienne selon laquelle ils impliqueraient toujours l'idée d'un simple octroi d'un revenu, librement révocable par le Gouvernement.

2^o Même en faveur de simples particuliers, à côté de concessions-*saranjam* qui impliquaient (pour employer les propres expressions du contre-mémoire indien) « l'octroi d'une part seulement du revenu royal », il y en avait d'autres qui impliquaient la donation même de la terre destinée à produire certains revenus; et, à côté de concessions-*saranjam* « révocables au gré du Gouvernement », il y en avait d'autres qui impliquaient le transfert total, héréditaire et perpétuel des terres concédées.

3^o Il n'y avait même pas une présomption juridique en faveur de la première hypothèse et il restait donc toujours à démontrer, par les documents et les faits qui avaient entouré la concession, quelle était sa véritable nature juridique.

4^o Finalement, par-dessus le marché, il y avait une catégorie spéciale de concessions-*saranjam* en face de laquelle toutes les règles relatives aux *saranjams* ordinaires restaient en suspens: celle des *saranjams* garantis par traités (*treaty-saranjams*). En d'autres termes, ces *saranjams* étaient en marge de toutes ces règles, et leur nature juridique, ainsi que l'ampleur des droits et des obligations qu'ils impliquaient pour le donateur et le concessionnaire, étaient uniquement déterminées par le texte du traité lui-même, ou par d'autres manifestations d'accord de volontés des intéressés.

Sur le premier de ces quatre points — imprécision du sens des termes *saranjam* et *jagir* — le Gouvernement portugais a invoqué, tout d'abord, un argument d'ordre pratique: le manque de précision de la terminologie des documents mahrattes dans la dénomination donnée à la concession territoriale faite aux Portugais. Les documents parlent de préférence de villages donnés, affectés ou remis à l'État portugais, et ce n'est que plus rarement que l'on donne à cette donation, à cette affectation ou à cette remise le nom de *saranjam*, ce qui semble indiquer que le mot *saranjam* ne signifie autre chose que la propre remise, affectation ou donation. Et, pour renforcer ce point de vue, le Gouvernement portugais a invoqué l'autorité d'un grand juriste (Surendranath Sen) et d'un grand philo-

logue (Molesworth), des œuvres desquels on infère que les termes *jagir* et *saranjam* peuvent signifier, au sens large, donation de terres ou de revenus à des fins militaires ou politiques, et peuvent même avoir d'autres significations, totalement étrangères au terrain du droit.

Il n'est pas nécessaire de citer à nouveau ici les textes de Surendranath Sen et de Molesworth sur ce sujet : ils ont été reproduits à ladite annexe à la réplique portugaise. Mais il importe d'attirer l'attention de la Cour sur le fait — qui n'a reçu aucun commentaire dans la duplique indienne — que le dictionnaire de Molesworth donne comme premier sens du mot *saranjam* : « matériaux, appareils, outils, équipements et articles accessoires à quelque chose ou nécessaires pour », donnant seulement comme second sens celui de : « villages et terres concédées en *inam* ». Et l'on constate la même chose dans le fameux *Glossaire de termes judiciaires et fiscaux*, de Wilson, qui fixe également, comme premier sens de *saranjam* : « appareils, provisions, équipements, matériaux, ce qui est nécessaire pour une quelconque entreprise », ne donnant qu'ensuite, comme second sens, celui de « donation de revenus ou de terres ».

En confirmation encore de cette diversité de sens du mot *saranjam* et des doutes considérables que peut soulever sa traduction, qu'il me soit encore permis d'attirer respectueusement l'attention de la Cour sur un passage d'un texte publié par le Gouvernement de l'Inde dans son annexe F n° 40. Il s'agit d'un livre de Gopal Krishna intitulé *The law of land tenures*, qui commence ainsi son exposé sur le terme *saranjam* (annexes à la duplique, III, p. 473) :

« *Saranjam* est un mot dont l'utilisation pratique semble être devenue technique jusqu'à un certain point, bien que la définition n'en soit pas assez sûre pour écarter le doute à son sujet. Il peut signifier une simple taxe sur le revenu ou un avantage accordé (comme une faveur) ou un autre mode de récompense. Il faut déterminer le sens véritable du mot *saranjam* dans chaque cas en examinant toutes les circonstances. »

Cet auteur, que le Gouvernement de l'Inde cite comme faisant autorité sur la question, commence donc, comme on le voit, par attirer l'attention sur la grande diversité de sens possibles du terme *saranjam* et il met en évidence que son véritable sens ne peut être déterminé, dans chaque cas, que par une analyse examinant toutes les circonstances. C'est seulement après avoir pris ces précautions liminaires que l'auteur s'engage en de larges considérations sur le *saranjam* au sens technico-juridique.

Le premier point de la thèse portugaise, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, est ainsi, à mon avis, pleinement prouvé. Le terme mahratte *saranjam* ou son équivalent mongol *jagir* est loin d'avoir une signification unique, rigoureuse, juridiquement précise; il peut même être utilisé dans un sens totalement étranger au terrain du droit. Cela suffit amplement à invalider la thèse indienne selon laquelle le mot, en soi, aurait forcément impliqué l'idée de concession fiscale de caractère précaire, librement révoquant par simple détermination du donateur.

[Audience publique du 23 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il est indéniable cependant — et nous en arrivons ainsi au second point de la thèse en discussion —

que les termes *saranjam* et *jagir*, dans la multiplicité de leurs significations, aient pu, en outre, servir chez les Mahrattes à désigner un certain type ou une certaine catégorie de concessions de caractère féodal procédant directement du souverain.

Le Gouvernement portugais ne l'a jamais contesté; et, au paragraphe 7 de l'étude que constitue l'annexe n° 1 à sa réplique, il reconnaît sans la moindre hésitation que les concessions dénommées *jagir* ou *saranjam* étaient, dans la plupart des cas, de simples concessions d'un revenu et non des donations de terres et que, dans la plupart des cas, elles étaient librement révocables par le Gouvernement qui les avait concédées.

Le vice du raisonnement indien, à ce sujet, est simplement de vouloir faire croire que ces concessions étaient toujours de caractère purement fiscal et qu'elles étaient toujours librement révocables, procédant ainsi à une généralisation qui n'est pas consentie par les faits.

Ce fut dans ce sens que le Gouvernement portugais a formulé et a démontré le second point de sa thèse, à savoir qu'à côté de concessions-*saranjam* qui impliquaient « l'octroi d'une part seulement du revenu royal » il y en avait d'autres qui impliquaient la donation même de la terre destinée à produire certains revenus; et que, à côté de concessions-*saranjam* « révocables au gré du gouvernement », il y en avait d'autres qui impliquaient le transfert total, héréditaire et perpétuel des terres concédées.

Pour répondre à ceci, le Gouvernement de l'Inde a dépensé vingt pages de sa duplique (III, pp. 54 à 73), et plusieurs dizaines de pages du volume d'annexes, dans un essai de démonstration du caractère purement fiscal, temporaire, intransmissible et librement révocable des concessions-*saranjam*, en essayant de déterminer, à ce sujet, une série de principes et de sous-principes qui auraient constitué une réglementation juridique de l'ensemble de ce type de concessions.

C'est un gros travail, malheureusement effectué en pure perte, car, dans la mesure où toutes les considérations émises se rapportent au type le plus ordinaire et le plus courant de *saranjams*, le Gouvernement de l'Inde n'est parvenu à démontrer qu'une chose qui n'avait nul besoin de démonstration; une chose que le Gouvernement portugais n'avait jamais contestée. (Son travail, à ce point de vue, évoque, pardonnez-moi, celui de qui aurait déployé une force herculéenne pour enfoncer une porte ouverte.) Et pendant ce temps, il laisse debout ce qu'il y a de véritablement important dans la thèse portugaise: à savoir qu'il y avait chez les Mahrattes d'autres *saranjams* qui impliquaient la donation entière de la terre à titre héréditaire, permanent et irrévocable, et que, par cela même, le fait pour une concession d'être appelée *saranjam* ne suffisait pas pour lui attribuer, sans plus, la nature juridique de pure concession d'un revenu, de caractère temporaire et librement révocable par le souverain donateur.

Le long travail présenté par le Gouvernement de l'Inde et les nombreux textes qu'il a publiés à cet égard aux annexes à la duplique n'ont eu, comme nous allons le voir, qu'un effet, mais incontestable: celui d'apporter de nouveaux et importants éléments à l'appui de la thèse portugaise.

Que la concession-*saranjam* puisse avoir pour objet, non seulement le revenu de certaines terres, mais le droit de propriété sur les terres concédées, le Gouvernement de l'Inde n'ose pas le contester; il le reconnaît, au contraire, expressément aux paragraphes 113 et 148 de sa duplique. Déplorons, cependant, qu'après cette reconnaissance expresse, il poursuive sa construction juridique comme s'il n'avait rien reconnu du

tout, en formulant toute la réglementation juridique du *saranjam* sur la base unique du *saranjam* simplement octroi d'un revenu.

Mais, malgré cette incohérence de son exposé, le Gouvernement de l'Inde reconnaît vraiment — et c'est ce qu'il faut mettre bien en relief — qu'il y avait des *saranjams* dont l'objet était l'octroi du droit de propriété sur le sol. Il essaie cependant de diminuer leur signification en insinuant dans la duplique, aux paragraphes 113, 114, 148 et *passim*, que le *saranjam* ne portait sur la propriété du sol que quand le fait était expressément déclaré dans le document le constituant; ce qui veut dire qu'il y aurait eu une présomption au sens juridique que son objet n'était bien que la concession d'un revenu. En outre, les *saranjams* qui concédaient la propriété du sol auraient été assujettis à un régime de libre révocabilité, exactement comme les autres (voir par. 148).

Nous nous expliquerons plus loin sur l'existence ou la non-existence d'une présomption juridique en faveur de la pure fiscalité de la concession, car ceci constitue exactement le troisième point de la thèse portugaise.

Pour le moment, je me bornerai au problème de savoir si les *saranjams*, même quand ils portaient sur la propriété du sol, étaient toujours d'un caractère temporaire, personnel, non héréditaire et librement révocable, comme le prétend le Gouvernement de l'Inde, ou bien, au contraire, s'il pouvait y avoir des *saranjams* octroyés à titre héréditaire et perpétuel, et par cela même irrévocables.

Une chose dès maintenant paraît certaine au sujet de ce problème, à savoir que les Anglais, quand ils ont pris possession de l'empire mahratte, en 1818, décidèrent « de maintenir et de considérer comme héréditaires tous les *saranjams* concédés avant 1751 ».

Il ne subsiste donc aucun doute qu'il y ait eu des *saranjams* héréditaires, tout au moins après l'établissement de la puissance britannique sur l'Inde.

Le Gouvernement de l'Inde est le premier à le reconnaître dans la duplique au paragraphe 110 et *passim*. Mais il essaie de faire croire que cette attitude des Anglais a représenté une innovation, puisqu'il n'aurait pas existé avant cette époque, du temps des Mahrattes, de *saranjams* héréditaires; et que cette attitude-là, représentant une totale innovation, elle doit être considérée comme un simple acte de faveur du Gouvernement britannique, susceptible, en tant que tel, d'être annulé ou modifié, au gré des circonstances.

Nous ne mettons pas en doute que la mesure du Gouvernement britannique, en qualifiant d'héréditaires tous les *saranjams* concédés avant une certaine date, n'ait rendu héréditaires certains d'entre eux qui ne l'étaient pas; et nous ne mettons pas en doute non plus que, par rapport à ceux-ci, l'attitude du Gouvernement britannique doive être considérée comme de pure faveur. Mais ce qui n'est pas exact, comme nous allons le démontrer, c'est qu'il n'y ait pas eu de *saranjams* héréditaires du temps des Mahrattes; et il est évident que le maintien du caractère héréditaire de ceux-ci ne représentait pas une attitude de faveur de la nouvelle puissance, mais bien la reconnaissance expresse d'un droit des détenteurs. Si le Gouvernement britannique, d'ailleurs, décida de considérer sans distinction comme héréditaires tous les *saranjams* concédés avant 1751, ce fut justement parce qu'il comprit qu'il y avait une forte présomption pour que ces *saranjams* — conservés depuis plus de 65 ans, dans une même famille, par transmission de pères à enfants — eussent été octroyés à titre héréditaire et qu'il n'aurait pas été licite de cesser de les considérer comme tels.

L'existence de *saranjams* octroyés à titre héréditaire, permanent et irrévocable dans l'empire mahratte est prouvée par de nombreux ouvrages doctrinaux et sentences judiciaires; et le fait que le Gouvernement britannique, après 1818, ait suivi progressivement — dans son propre intérêt — une politique de libéralisation par rapport à ces *saranjams* n'invalide d'aucune manière leur nature juridique initiale.

En tête des ouvrages doctrinaux où l'on reconnaît expressément qu'au temps des Mahrattes il existait des *saranjams* ou *jagirs* octroyés à titre héréditaire et irrévocable, il faut citer le fameux *Glossaire de termes judiciaires et fiscaux* de Wilson, dont le Gouvernement indien ne peut récuser l'autorité puisqu'il le reproduit et le cite à diverses reprises.

Déjà au paragraphe 11 de l'étude qui constitue l'annexe n° 1 à la réplique, l'attention a été attirée sur le fait que ce glossaire, quand il se rapporte à la durée d'un *saranjam*, dit que celui-ci était conféré « usuellement pour la vie du concessionnaire », exprimant ainsi l'idée que s'il était usuellement viager et réversible, il pouvait toutefois ne pas l'être. Or le même auteur dit exactement la même chose du mot *jagir* :

« L'affectation était accordée, soit pour une période déterminée, soit, le plus souvent, pour la durée de la vie du titulaire, faisant alors retour à l'État à sa mort; cependant elle était non rarement renouvelée à son héritier, moyennant le paiement d'un *nazarana* ou prime, et elle était quelquefois déclarée être une affectation héréditaire, sans laquelle déclaration elle était considérée seulement une tenure à vie. »

Et à l'appui de cette affirmation, Wilson cite un règlement de 1793, soit de 25 ans antérieur à la domination anglaise sur l'empire mahratte.

Le Gouvernement de l'Inde a transcrit ce passage du glossaire de Wilson dans la note 1 de la page 57 (III) de sa duplique; mais certainement par erreur le mot *without* qui était dans l'original du livre cité a été remplacé par le mot *upon*, de sorte que le sens de la phrase s'en est trouvé renversé: où Wilson a voulu dire que déjà en pleine domination mahratte il y avait des *saranjams* déclarés héréditaires et que sans cette déclaration ils étaient considérés comme de simples tenures à vie, la Partie adverse, par le simple changement d'un mot, parvient à en tirer une conclusion contraire, à savoir que, même avec cette déclaration, l'affectation n'était considérée qu'une tenure à vie.

Dans le même passage de son ouvrage, Wilson ajoute encore que « le *jagir* se transformait parfois en un patrimoine perpétuel et transmissible, lorsque l'État se révélait incapable de faire valoir ses droits ». Le Gouvernement de l'Inde a aussi inclus cette phrase dans la transcription qu'il fait à la note 1 de la page de la duplique; mais il s'est abstenu de transcrire ce que Wilson dit immédiatement après, et qui est d'une importance capitale pour la compréhension du problème qui nous occupe. Voici les phrases omises, traduites en français:

« et la même conséquence a résulté de la reconnaissance de divers *jagirs* comme héréditaires par le Gouvernement britannique, après l'extinction des gouvernements natifs par lesquels ils ont été originellement concédés; de façon qu'ils sont à présent venus à être considérés comme propriétés de famille, dont les détenteurs ne peuvent être légitimement déposés, et auxquelles ses héritiers légaux succèdent, comme une chose naturelle, sans prime ou *nazarana*, en ayant été tacitement dispensés ».

De l'ensemble de ce texte de Wilson, sans les altérations et les coupures auxquelles la Partie adverse l'a soumis dans sa transcription, il ressort clairement qu'il pouvait y avoir trois types de *jagirs* ou *saranjams* héréditaires: a) ceux qui l'étaient *ab initio*, pour avoir été expressément déclarés tels; b) ceux qui l'étaient devenus avec le temps, du fait de l'impuissance de l'État à faire respecter ses droits sur eux; et finalement c) ceux que le Gouvernement britannique décida de reconnaître comme héréditaires après l'extinction des gouvernements locaux. En l'un quelconque de ces cas, ces *jagirs* ou *saranjams* étaient de véritables propriétés de famille et, Wilson le dit expressément, leurs détenteurs respectifs ne pouvaient en être dépossédés légitimement.

Ceci signifie donc, contrairement à ce que le Gouvernement de l'Inde prétend, qu'il y avait déjà chez les Mahrattes des *saranjams* héréditaires et irrévocables et que le Gouvernement britannique, en les respectant comme tels, ne pratiquait pas un acte de faveur susceptible d'être modifié au gré des circonstances; il respectait un droit des détenteurs, et toute attitude qui eût par la suite méconnu ce droit n'aurait été qu'un acte de force, sans légitime fondement juridique.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en dehors du glossaire de Wilson, d'autres opinions faisant autorité confirment l'existence de « *jagirs* » ou « *saranjams* » octroyés à titre *héréditaire, perpétuel et irrévocable*.

Tel est le cas du livre de Patel, *The Indian land problem and legislation*, dans un passage déjà cité au paragraphe II de l'étude qui constitue l'annexe n° 1 à la réplique portugaise et où il est dit, en propres termes, que « certains (*jagirs*) étaient reconductibles au gré du souverain, et d'autres étaient *continués à perpétuité* ou étaient dépendants de services rendus à l'État ».

En 1834, deux hauts fonctionnaires de l'Inde britannique, M. Warden et M. Elphinstone, à propos d'une enquête sur un cas concret, se sont prononcés dans le même sens. Les avis qu'ils émirent sont reproduits tous les deux à la page 439, III, des annexes à la duplique indienne, dans le contexte de la sentence sur le cas *Shekh Sultan Sani c. Shekh Ajmodin* (annexe indienne F n° 35).

Une enquête ayant été faite sur la nature juridique primitive d'un certain *saranjam*, M. Warden se prononça ainsi:

« Je me suis reporté à son *sanad* ou acte conférant son titre, et j'ai constaté que son domaine était sans aucun doute une concession viagère, la disposition tendant à la transmission par héritage que l'on a coutumé de trouver dans les *sanads* de tous les *saranjamdars* héréditaires étant omise et la formule usuelle de concessions viagères étant utilisée. »

Du contenu de ce témoignage on peut déduire qu'il y avait déjà des *saranjams* héréditaires sous la domination mahratte; qu'il y avait des formules particulières pour les *sanads* (ou documents de chancellerie) qui octroyaient des *saranjams* héréditaires; que ces formules, en 1834, étaient bien connues de M. Warden; et que, si celui-ci se prononça en faveur du caractère purement viager du *saranjam* en cause, ce fut parce que, pendant son analyse du document qui l'avait constitué, il n'y trouva pas ces formules, mais au contraire celles usitées dans le cas des *saranjams* viagers.

Entendu sur le même cas, M. Elphinstone — dont l'indiscutable autorité résulte du fait qu'il a été le dernier représentant diplomatique anglais auprès du Gouvernement de Punem et qu'il fut plus tard gouverneur de Bombay — se prononça comme suit :

« ... il déclara avoir l'impression que l'ancêtre du Shekh Mira commandait une forteresse mongole lors de la première conquête mahratte et qu'il s'était rendu sous certaines conditions, dont l'une était qu'il recevrait un *jagir* héréditaire. S'il en est ainsi, nous ne saurions avoir le droit de reprendre ses terres, à moins que nous puissions annuler les accords conclus par des gouvernements antérieurs. »

Comme on le voit, M. Elphinstone reconnaît expressément dans son témoignage qu'il a existé des *jagirs* héréditaires depuis les temps les plus reculés de l'empire mahratte, et il déclare d'une manière claire et nette que s'il s'agissait d'un *jagir* de ce type, il ne serait pas licite aux Anglais de le révoquer, à moins de le faire au mépris des engagements assumés par les gouvernements antérieurs.

Finalement, le colonel Etheridge lui aussi, dans la préface de son ouvrage « *List of saranjams* » que le Gouvernement de l'Inde reproduit à son annexe E n° 1 (Doc. 3), dit expressément que « ces concessions de terres ayant un caractère politique, elles n'étaient ni transférables ni nécessairement héréditaires; en règle générale, elles étaient détenues selon le bon plaisir du souverain » (annexes au contre-mémoires, II, p. 236). Et ceci signifie manifestement que les concessions-*saranjams*, tout en n'étant pas nécessairement héréditaires, pouvaient cependant revêtir cette modalité; et que, si elles étaient en règle générale librement révocables par le souverain, elles pouvaient cepencant, à titre exceptionnel, être considérées comme irrévocables.

Si de la doctrine nous passons à la jurisprudence, nous continuerons à découvrir des preuves irréfutables de l'existence de *saranjams* héréditaires, perpétuels et irrévocables, aussi bien du temps des Mahrattes qu'après l'établissement de la domination anglaise sur l'Inde.

Dans le cas *Ramchandra c. Venkatrao* (annexe indienne F n° 28), le tribunal, après avoir transcrit le passage du colonel Etheridge que nous venons de citer, s'exprime ainsi :

« La remarque du colonel Etheridge selon laquelle les *jagirs* ne sont pas nécessairement héréditaires donne à peine une idée exacte du fait. Il aurait été plus exact de dire que les *jagirs* n'étaient pas nécessairement concédés seulement à vie mais pouvaient parfois être héréditaires. » (Annexes à la duplique, III, p. 386.)

Comme on le voit, le tribunal se borne là à proposer une formule qu'il considère comme plus heureuse que celle du colonel Etheridge, mais par laquelle il reconnaît — comme celui-ci — que les *jagirs* ou *saranjams*, quoique normalement de caractère viager, pouvaient être aussi parfois de caractère héréditaire.

Et qu'on ne dise pas que le tribunal a prétendu se référer aux *saranjams* devenus héréditaires par décision du Gouvernement britannique, car la phrase, toujours construite, tant dans cette sentence que dans l'ouvrage du colonel Etheridge, avec son verbe à l'imparfait — « les *jagirs* n'étaient pas », « les *jagirs* pouvaient être » —, se rapporte manifestement à des temps reculés, antérieurs à la domination britannique.

Dans une autre affaire judiciaire — *Gulahdas Jagjirandar c. Collector of Surat* —, que le Gouvernement de l'Inde lui-même cite dans la note 1 de la page 70 de sa duplique — le tribunal a déclaré expressément qu'« un *jagir* était, *prima facie*, un intérêt viager, bien qu'il soit possible qu'il ait été conféré de manière à le rendre héréditaire ».

Nos estimés contradicteurs cherchent à minimiser la valeur de cette décision, en prétendant que « l'affaire ne se rapportait pas à un véritable *jagir* mongol ou à un *saranjam* mahratte, mais à une tenure semblable au *jagir*, conférée par la Compagnie des Indes orientales ». Mais la vérité, c'est que le *jagir* en cause fut octroyé par cette compagnie souveraine en 1800, bien avant la disparition de l'empire mahratte, et donc à l'image et à la ressemblance des *jagirs* mahrattes; en outre, il s'agit d'un *veredictum* que les tribunaux britanniques de l'Inde par la suite respectèrent, reproduisirent et reconnurent, dans la décision de divers cas de *jagirs* qui procédaient avec certitude des souverains mahrattes, comme par exemple dans le cas *Ramchandra c. Venkatrao* (annexes à la duplique, III, p. 382) et dans une sentence du Suprême Tribunal se rapportant au cas *Raghojirao c. Lakshmanrao* (p. 420 du même volume).

Ce même cas *Raghojirao c. Lakshmanrao*, publié à l'annexe indienne F n° 34, confirme aussi notre thèse, dans un passage qu'on trouve transcrit dans le texte même de la duplique indienne, au paragraphe 129, où on lit ce qui suit:

« Les concessions étaient manifestement conférées en *jagirs* de caractère ordinaire, c'est-à-dire qu'elles étaient personnelles et non héréditaires, susceptibles d'être reprises ad nutum. »

Comme on le voit, le tribunal s'est prononcé dans ce cas concret pour le caractère personnel, non héréditaire et librement révocable de certains *jagirs*, parce qu'il s'était convaincu, par l'analyse des documents constitutifs, que ceux-ci avaient été conférés comme *jagirs* de caractère ordinaire; ce qui signifie manifestement qu'il y avait d'autres *jagirs*, de caractère extraordinaire, auxquels ne s'appliquaient pas les principes de non-hérédité et de libre révocabilité.

Finalement, le même cas *Raghojirao c. Lakshmanrao*, à la page 423 (III) des annexes à la duplique, nous fournit un curieux exemple d'un *sanad*, octroyé par le gouverneur britannique lord Canning, en 1861, en vertu duquel différentes terres appartenant en *jagir*, depuis des temps lointains, à une certaine famille, furent confirmées à titre héréditaire et perpétuel aux représentants de cette famille. Ce *sanad* dit expressément que les terres sont conférées « à ce Meherban ainsi qu'à ceux de ses héritiers qui viendront à la succession, qu'ils soient ses propres enfants ou qu'il les ait adoptés définitivement [*in perpetuity*] ».

On voit ainsi que, sous la domination britannique comme du temps des Mahrattes, le gouvernement conférait ou confirmait parfois des *saranjams* ou des *jagirs* de caractère perpétuel, héréditaire et irrévocable.

Contre ces nombreux témoignages de l'existence de *saranjams* héréditaires, perpétuels et irrévocables, tant chez les Mahrattes comme pendant la période britannique, le Gouvernement indien n'a pas réussi à invoquer autre chose que deux textes, qui ne possèdent d'ailleurs aucun poids en faveur de sa thèse: un rapport de M. Maddock, de l'année 1841, et une opinion de M. Thomas Munro, citée dans un cas de jurisprudence.

Le premier texte, transcrit par le Gouvernement indien au paragraphe 134 de sa duplique, s'appuie sur un argument absolument dénué de

valeur pour démontrer qu'avant l'établissement des autorités britanniques dans l'Inde, il n'y aurait pas eu de *saranjams* héréditaires: la facilité avec laquelle les chefs locaux, qui à l'époque existaient encore, méprisaient les concessions-*saranjams* faites par eux-mêmes ou par leurs prédécesseurs.

Le second texte, qui a été transcrit immédiatement après, au paragraphe 135, se borne à dire que les expressions « pour toujours », « de génération en génération », « pour la durée du soleil et de la lune », etc., peuvent ne pas être suffisantes, par elles-mêmes, pour attribuer un caractère héréditaire à la concession; mais il ne dit nullement qu'il n'ait pas existé dès l'époque des Mahrattes de concessions-*saranjams* de caractère héréditaire, perpétuel et irrévocable.

Le second point de la thèse portugaise reste ainsi, je le crois, pleinement démontré: il y avait chez les Mahrattes, comme il a continué à y en avoir sous la domination anglaise, des *saranjams* ou *jagirs* qui impliquaient le transfert perpétuel, héréditaire et irrévocable des terres cédées.

Que les souverains mahrattes parfois aient méprisé les droits des titulaires, ou que le Gouvernement britannique ait cherché — en exécution d'une certaine politique de libération de la terre — à briser la perpétuité, le caractère héréditaire ou irrévocable de ces concessions, n'a pas la moindre signification en ce qui concerne l'aspect qui nous occupe. Le fait surabondamment prouvé est qu'il existait des *saranjams* héréditaires, perpétuels et irrévocables. Et c'est ce qui importe à la thèse portugaise puisque c'est ce qui suffit pour démontrer — contrairement à ce que prétend le Gouvernement de l'Inde — que la circonstance qu'une concession soit appelée *saranjam* ou *jagir* n'est pas suffisante pour pouvoir lui attribuer, sans plus, la nature juridique de pure concession fiscale, temporaire et révoicable.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le troisième point de la thèse portugaise ne souffre pas davantage discussion, car le cas *Secretary of State c. Laxmibay*, cité et reproduit au paragraphe 10 de l'étude qui constitue l'annexe 1 à la réplique portugaise, dit formellement qu'il n'existe aucune présomption en faveur du caractère purement fiscal des concessions-*saranjam* et qu'« il doit être déterminé, en chaque espèce, sur l'analyse des faits, quelle était la qualité de la concession originale ».

Le Gouvernement de l'Inde, au paragraphe 114 de la duplique, ne pouvant échapper autrement aux difficultés que ce texte soulève pour lui, se borne à dire que le tribunal s'est trompé, car il s'est basé sur deux cas antérieurs qui n'avaient pas trait à des « concessions-*saranjam* » mais bien à des « concessions-*inam* ».

Mais il faut répondre que la sentence, de toute façon, parle d'un cas de « *saranjam* » et que c'est par rapport aux *saranjams* en général qu'elle affirme sa doctrine; et il faut répondre aussi que la différence entre « *saranjam* » et « *inam* » n'a pas la valeur que le Gouvernement de l'Inde prétend ici lui décerner. En réalité, le livre de Gopal Krishna, « *The Law of Land Tenures* », dans un passage reproduit par le Gouvernement de l'Inde à la page 473 (III) des annexes à la duplique, dit expressément que « les règles de construction applicables aux concessions en *inam* étaient applicables aux concessions en *saranjam* ou *jaghir* ». Et l'on peut encore invoquer dans le même sens le cas « *Raghojirao c. Lakshmanrao* », publié à l'annexe indienne F n° 34, dans un passage où l'on critique l'attitude des

tribunaux contre lesquels on avait eu recours, sous prétexte qu'ils auraient donné trop d'importance à la distinction entre *saranjam* et *inam* et où l'on déclare que « selon l'avis de leurs Excellences [les juges], les termes *ne s'excluent pas réciproquement* dans le sens indiqué. Le dernier terme, c'est-à-dire *inam*, n'a qu'un sens générique, s'appliquant à une concession faite par le gouvernement et considérée comme un tout. »

Nos estimés contradicteurs, en reproduisant ce passage à la page 428 (III) des annexes à la duplique, ont supprimé du contexte le mot « *not* », transformant ainsi en *affirmation* ce qui, dans la sentence, est une *négation*. Où le tribunal avait dit que : « les termes ne s'excluent pas réciproquement »¹, la Partie adverse transcrit : « *les termes s'excluent réciproquement* »².

Le texte rétabli dans sa version exacte, on constate que le tribunal a manifestement voulu signifier que le terme *inam* n'exclut pas le terme *saranjam*, mais qu'ils sont dans un rapport équivalent à celui existant entre *genre* et *espèce*. En conclusion : le fait que le cas *Secretary of State c. Laxmibay* s'est inspiré de deux cas antérieurs relatifs à des concessions-*inam* ne diminue pas, mais au contraire renforce, la valeur de la doctrine définie dans cette affaire, d'après laquelle il n'y a aucune présomption en faveur du caractère purement fiscal des concessions-*saranjam*. Et voici, par cette considération, démontré, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, le troisième point de la thèse portugaise.

Reste le quatrième et dernier point, à savoir qu'il y avait une catégorie spéciale de concessions-*saranjam* qui constituaient un cas complètement à part : celui des *saranjams garantis par traité* (*treaty saranjams*). Ils n'étaient soumis à aucune des règles des autres *saranjams*, et leur nature juridique était déterminée exclusivement par le texte du traité lui-même et par les autres expressions de l'accord des volontés des intéressés.

A l'appui de ce dernier point de sa thèse, le Gouvernement portugais a cité et transcrit aux paragraphes 15 et 16 de l'annexe n° 1 à sa réplique des passages bien expressifs des œuvres d'Etheridge, de Geiji et de Patel, que nous jugeons inutile de reproduire ici. Dans toutes on parle des « *saranjams* » garantis par traité ou « *treaty saranjams* » comme de « *saranjams* » : « établis sur des principes différents » ou formant : « une classe distincte et spéciale ».

Le Gouvernement de l'Inde a cherché à minimiser la valeur de ces textes au paragraphe 151 de sa duplique, en disant que la distinction entre « *treaty saranjams* » et « *non treaty saranjams* », à laquelle ils se réfèrent, « ne tenait pas à leur nature inhérente, mais à la manière dont le Gouvernement britannique avait décidé de les traiter à titre de faveur, de bénéfice et de politique » ; et a jugé l'avoir démontré, en faisant une transcription étendue du livre de Patel, dans la partie d'où fut extrait le passage invoqué par le Gouvernement portugais.

Du texte transcrit, cependant, on ne déduit absolument rien de ce que prétend y trouver le Gouvernement de l'Inde, comme on le verra facilement par une lecture attentive. Au contraire, le texte dit expressément que ces *saranjams* « *formaient* une catégorie spéciale, protégée par les traités ». Et l'emploi du verbe à l'imparfait — *formaient* — signifie, en toute clarté, que ce ne fut pas par faveur, bénéfice ou politique des Anglais que ces *saranjams* devinrent une catégorie spéciale, mais qu'ils la « *formaient* » antérieurement, au temps des Mahrattes.

¹ « The terms are *not* mutually exclusive ».

² « The terms are mutually exclusive ».

Et plus clair encore dans ce sens est le texte du colonel Etheridge, que le Gouvernement portugais cite également et sur lequel la duplique indienne préfère garder un silence prudent. Ce texte dit expressément que: « ils *formaient* et *continuent à former* une classe distincte et spéciale, et, puisqu'ils sont protégés par traité, il n'y a plus lieu d'y faire allusion ici ». Les expressions *formaient* et *continuent à former* ne laissent pas place au doute; elles signifient manifestement que ces *saranjams* *formaient* au temps des Mahrattes, et continuaient encore à former pendant la période britannique, une classe distincte et spéciale.

Comment le Gouvernement de l'Inde peut-il soutenir, en face de ce texte, que la catégorie des *saranjams garantis par traité* « ne tenait pas à leur nature inhérente, mais à la manière dont le Gouvernement britannique avait décidé de les traiter »?

Au même paragraphe 151 de la duplique, comme déjà précédemment aux paragraphes 135 et 139, le Gouvernement de l'Inde emploie un autre argument pour invalider la thèse portugaise relative aux *saranjams garantis par traités*. Il invoque l'affaire *Shekh Sultan Sani c. Shekh Ajmodin*, connue aussi sous le nom d'affaire du *Waikar Saranjam*, pour soutenir « qu'il n'existait pas de différence entre un *saranjam* ordinaire et un *saranjam* garanti par traité, quant à leur nature essentiellement révocable ».

Qui, cependant, prendra soin de lire intégralement le texte de la sentence rendue dans cette affaire par le Privy Council, reproduit à l'annexe indienne F n° 35 — et en particulier les passages contenus dans la page 437 (III) des annexes à la duplique —, aura la surprise de vérifier non seulement que cette sentence ne favorise pas la thèse du Gouvernement de l'Inde, mais qu'elle constitue, au contraire, la meilleure confirmation possible, et la plus complète, de la thèse du Gouvernement portugais.

En réalité, malgré ce que prétendent nos distingués contradicteurs, le tribunal n'a rendu aucune *décision de caractère général* d'où l'on puisse déduire que les « *saranjams* » garantis par traités étaient librement révocables; il s'est borné à déclarer qu'un *certain* « *saranjam* » (le *saranjam* de Waikar) était librement révocable, malgré qu'il ait été garanti par traité, parce que, dans le traité lui-même, son caractère personnel et précaire *avait été expressément stipulé*. Or ceci a une signification exactement opposée à ce que prétend le Gouvernement de l'Inde. C'est la pleine confirmation de la thèse portugaise: à savoir qu'on n'est pas tenu, pour les « *saranjams* » garantis par traités, à aucune des règles habituellement applicables aux « *saranjams* », mais uniquement au texte même du traité et aux autres expressions d'accord de volontés entre les parties contractantes.

Je crois pouvoir affirmer, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, que le quatrième et dernier point de la thèse portugaise est ainsi parfaitement démontré, comme l'ont été les précédents. Et ceci terminera cette partie de mon exposé.

[Audience publique du 24 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous sommes maintenant habilités, après les conclusions auxquelles nous sommes arrivés hier sur le plan doctrinal ou théorique, à aborder l'aspect concret ou pratique du problème qui nous occupe et qui réclame des réponses à deux questions:

a) La concession territoriale faite par les Mahrattes aux Portugais par le Traité de 1779 doit-elle être qualifiée juridiquement de *saranjam* ou *jagir*?

b) Cette concession territoriale a-t-elle été une concession de caractère purement fiscal et révoicable, comme le prétend le Gouvernement indien, ou une concession définitive et en pleine souveraineté?

A la première demande, nous répondrons que, juridiquement, la concession ne doit pas recevoir cette qualification.

A la seconde, il faudra répondre qu'en toute hypothèse — c'est-à-dire, même si on la qualifiait de cette façon — cette concession n'a pas été faite à titre précaire, mais à titre définitif et en pleine souveraineté.

Pour répondre à la première question — savoir si la concession des villages doit ou non être qualifiée de *saranjam* ou *jagir* —, le premier fait qu'il importe d'avoir bien présent à l'esprit est qu'elle a été faite au moyen d'un traité et qu'un traité représente, c'est évident, un accord de volontés. C'est-à-dire que c'est uniquement d'après le traité lui-même et comme expression d'une entente mutuelle entre les Hautes Parties contractantes que la concession pourrait avoir reçu cette qualification. Or, en réalité, cette condition n'est pas remplie: aucune des versions originales du traité ne qualifie de *saranjam* ou *jagir* la concession territoriale faite aux Portugais. La version originale en langue portugaise, du 4 mai 1779, l'appelle simplement « contribution »; et la version originale mahratte, du 17 décembre de la même année, ne lui donne aucune dénomination particulière: elle se borne à dire que les villages seront « affectés » à l'État portugais.

Le mot *jagir* n'apparaît que dans une traduction mahratte de l'original portugais, pour traduire le mot portugais « *contribuição* », c'est-à-dire, contribution; en dehors de là, les mots *jagir* et *saranjam* n'apparaissent — et, d'ailleurs, de façon sporadique — que dans des documents émanés de la chancellerie mahratte qui, en tant que documents unilatéraux qu'ils sont, ne sauraient en aucun cas prévaloir sur ce qui se trouve conclu dans le traité.

De ce que nous venons de dire, un seul point mérite un éclaircissement complémentaire, étant donné l'importance injustifiée que le Gouvernement indien lui attribue dans sa duplique: l'emploi du mot *jagir* dans la traduction mahratte de l'original portugais du traité.

Du Traité luso-mahratte de 1779, il existe — comme on le sait —, en dehors d'un texte original en langue portugaise et d'un texte original en langue mahratte, deux traductions contemporaines: une traduction mahratte de l'original portugais et une traduction portugaise de l'original mahratte.

Le Gouvernement de l'Inde a publié l'original portugais du traité, reproduit d'après l'ouvrage déjà cité de Biker (annexe indienne C n° 2); et il a fait publier, en même temps, sa traduction en langue mahratte, reproduite directement d'un manuscrit en possession du Gouvernement indien et qui a fait autrefois partie des archives du *peshwa* (annexe indienne C n° 5).

Comme l'œuvre de Biker, sur laquelle, nous aussi, nous nous basons, mérite le plus grand crédit, le Gouvernement portugais a fait confiance à la publication faite par le Gouvernement indien dans son annexe C n° 2, jugeant inutile de la collationner avec l'original déposé aux archives de Goa.

De là vient qu'on soit resté dans l'ignorance de la présence, dans cet original, d'un texte mahratte intercalé; et de là vient qu'on ait supposé

que la traduction mahratte du traité, publiée à l'annexe C n° 5 — provenant, comme en effet elle en provient, des archives mahrattes — fût toujours restée inconnue des Portugais, tandis qu'en réalité il existe un texte identique intercalé, article par article, dans le texte portugais du traité, archivé à Goa dans le « *Livro das Pazes* ».

Le Gouvernement de l'Inde a résolu de donner à cette équivoque un relief injustifié, en la dénonçant comme un travestissement intentionnel des faits; et il a décidé d'en parler 17 fois, en 17 endroits différents de sa duplique. Il n'y a eu, cependant, en réalité, aucune mauvaise foi, et nous rejetons énergiquement toute espèce d'insinuation à cet égard. Il y a eu un manque, qui est chose toujours possible dans un travail de cette étendue, et c'est tout. De cette équivoque, nous présentons nos excuses à la Cour et à la Partie adverse.

Cette explication donnée et ces excuses présentées, recherchons si l'existence de cette traduction mahratte, intercalée dans le texte portugais du traité, a l'importance et le sens que le Gouvernement de l'Inde lui attribue, pour le problème qui nous occupe actuellement.

Le Gouvernement de l'Inde, dans sa duplique, au paragraphe 97 et *passim*, s'efforce de formuler à ce sujet deux conclusions:

a) que ce ne furent pas seulement les Mahrattes, dans une traduction dont ils avaient pris l'initiative, mais les Portugais eux-mêmes, dans une traduction officielle exécutée par eux, qui donnèrent à la concession des villages la qualification de *jagir*;

b) que le vice-roi, en souscrivant un texte où ce mot est employé, se mit implicitement d'accord sur le fait que la concession était juridiquement ainsi qualifiée.

Cependant, aucune de ces conclusions n'est acceptable.

Tout d'abord, rien ne garantit que la traduction mise en question — cette traduction mahratte du traité — ait été l'œuvre de traducteurs portugais. Le vocabulaire, le style, la tournure des phrases, au contraire, présentent tous les caractères des documents émanés de la chancellerie de Punem, comme cela saute aux yeux dès qu'on les confronte avec les autres documents mahrattes publiés aux annexes indiennes. Et ainsi, tout porte à croire qu'il s'agit d'une traduction confectionnée par les Mahrattes et que les Portugais reproduisirent de bonne foi dans le « *Livro das Pazes* », en même temps que le texte original portugais du traité.

De toute façon, ce qui est hors de doute, c'est que le vice-roi D. José Pedro da Câmara ne s'est pas engagé juridiquement vis-à-vis du Gouvernement mahratte, sauf par le texte original portugais du traité. En réalité, le fait que la traduction mahratte, telle qu'elle figure dans le document publié à l'annexe indienne C n° 5, ne se présente pas accompagnée du texte original portugais, semble être un indice certain du fait qu'il ne fut reçu à Punem aucun texte bilingue — de l'ordre de celui qu'on trouve à Goa, dans le « *Livro das Pazes* » — et que le texte authentique, scellé, signé et envoyé à Punem par le vice-roi le 4 mai 1779, ne contenait que la version en langue portugaise — la seule par laquelle le vice-roi pouvait se lier.

Le fait que le vice-roi ait signé, dans le « *Livro das Pazes* », un texte bilingue n'a aucun caractère d'engagement. Il faut ne pas perdre de vue que ledit « *Livro das Pazes* » était un simple recueil du service interne de la chancellerie de Goa, dans lequel les vice-rois faisaient copier les traités et accords conclus avec les rois voisins. Rien de plus naturel donc

que le vice-roi y ait fait transcrire, à côté du texte portugais du traité envoyé à Punem par ses soins, le texte mahratte qu'il supposait être sa traduction fidèle. Mais ceci ne signifie nullement que le vice-roi se soit trouvé juridiquement lié à ce texte, rédigé d'ailleurs en une langue qui lui était inconnue.

En d'autres termes, l'unique texte par lequel le vice-roi a été engagé est le texte en langue portugaise, envoyé officiellement à Punem le 4 mai 1779 et dont le *peshwa* accusa réception par une lettre du 23 décembre de la même année (annexe indienne E n° 6). En signant le texte bilingue copié dans le « *Livro das Pazés* », le vice-roi n'a assumé aucun engagement nouveau vis-à-vis du Gouvernement mahratte; il s'est limité à authentifier, à l'usage interne de la chancellerie de Goa, un enregistrement (ou une copie) de la version portugaise du traité, accompagné d'une traduction — que tout pousse à croire établie à l'initiative de Punem — dans la fidélité et la bonne foi de laquelle il crut, mais qui évidemment ne l'engageait pas.

Il découle de tout ce que nous venons de dire que les termes *saranjam* ou *jagir*, dans les rares documents qui les emploient pour qualifier la concession territoriale faite par les Mahrattes aux Portugais, n'apparaissent jamais comme l'expression d'une entente mutuelle entre les Hautes Parties contractantes. *Aucun texte n'existe d'où l'on puisse déduire que les Portugais se soient consciemment attachés à cette dénomination et encore moins qu'ils aient eu conscience de ce que les Mahrattes auraient prétendu imprimer à la concession une structure juridique déterminée par l'emploi de ces termes.* Ceci suffit à condamner la thèse indienne que l'octroi de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais aurait été une concession qualifiée juridiquement de *jagir* ou *saranjam*.

Mais à tout ceci, ajoutons encore qu'il est extrêmement douteux que les Mahrattes eux-mêmes, les rares fois où ils employèrent les mots *saranjam* ou *jagir* à propos de la concession des villages aux Portugais, aient employé ces mots dans un sens technico-juridique; tout pousse au contraire à penser qu'ils le firent dans le sens courant, sans aucune idée de qualifier juridiquement comme telle cette concession.

En effet, on a déjà expliqué que le mot *jagir* n'a pas forcément une signification juridique, mais qu'il peut servir aussi bien à exprimer uniquement l'idée de donation ou d'octroi de certains biens ou d'une certaine chose. Et on ne manque pas d'être impressionné par le fait que le mot, dans la traduction mahratte de l'original portugais du traité — que nous venons d'analyser —, ait été employé pour traduire la parole portugaise *contribuição*, c'est-à-dire contribution. Il paraît licite d'en conclure qu'il fut employé là simplement pour exprimer l'idée que ce mot exprime en portugais, c'est-à-dire l'idée de don, de prestation ou d'aide.

Et il a déjà été expliqué également, en ce qui concerne le mot *saranjam*, qu'il avait aussi, avant son sens technico-juridique, une signification étrangère au champ du droit, et qu'il était employé pour désigner purement et simplement ce qui est destiné à approvisionner, à monter ou à faire fonctionner une certaine entreprise. Or, une chose qui frappe dès le début, c'est que les documents mahrattes, le plus souvent, parlent simplement de donation, affectation ou remise des villages à l'État portugais et ne parlent que rarement de *saranjam*, contrairement à ce qu'on serait en droit d'attendre s'ils avaient voulu définir juridiquement la concession au moyen de ce mot. Ceci pousse à penser que le mot

saranjam, dans les rares documents où il est employé, l'était uniquement dans le sens courant de « provision, aide, appui matériel » ; d'autant plus que — comme nous le savons du reste — les villages en cause avaient été donnés à l'État portugais justement pour la provision, pour l'aide, pour le soutien ou pour l'appui matériel de la place de Damão, dont la situation économique était devenue extrêmement précaire.

Quoi qu'il en soit, une conclusion paraît indiscutable: c'est que rien n'autorise à affirmer que les mots *saranjam* ou *jagir*, dans le petit nombre de documents mahrattes où ils sont employés à propos de la concession faite aux Portugais, aient été employés dans un sens technico-juridique. Et ceci est une raison de plus — à ajouter au fait que ces mots, dans ces documents, ne liaient pas les Portugais — pour rejeter la thèse indienne selon laquelle l'octroi des enclaves à l'État portugais de l'Inde aurait été une concession juridiquement qualifiée de *jagir* ou *saranjam*.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, s'il n'est pas permis d'affirmer — comme on vient de le voir — que l'octroi des villages à l'État portugais ait revêtu la nature juridique d'un « *saranjam* » ou « *jagir* », il est moins licite encore de prétendre en déduire — comme le font nos estimés contradicteurs — que la concession a eu un caractère purement fiscal, précaire et révocable. Et nous entrons ainsi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans l'analyse de la seconde question posée il y a un moment: la concession des enclaves a-t-elle été une concession purement fiscale et révocable, ou fut-elle une concession définitive et en pleine souveraineté?

A vrai dire, pour la réponse à donner à cette question, la position prise sur la première est indifférente. En effet, il a été surabondamment prouvé — tout au long des considérations d'ordre doctrinal ou théorique que nous avons présentées sur les concessions-*saranjam* — que la circonstance pour une concession d'être appelée « *saranjam* » ou « *jagir* » ne suffit pas pour pouvoir lui attribuer, sans plus, la nature juridique de pure concession fiscale, temporaire et révocable. A côté de « *saranjams* » de ce type, il y avait des « *saranjams* » portant sur la propriété de la terre, qui étaient octroyés à titre perpétuel et héréditaire; et il n'existait même pas une présomption juridique en faveur de la première hypothèse.

On peut conclure de là que, même si on donne à la concession des enclaves la qualification juridique de « *saranjam* », sa structure juridique interne n'en sera pas définie pour autant, et il sera toujours nécessaire de vérifier, par les documents et par les faits, si la concession a été faite à titre définitif ou à titre précaire.

Mais à ceci vient s'ajouter encore le fait que la concession des villages à l'État portugais fut effectuée au moyen d'un traité — le Traité lusomahratte de 1779 — et que, donc, même si l'on devait la qualifier de « *saranjam* », elle serait toujours considérée comme un *saranjam* garanti par traité (*treaty saranjam*). Et il a toujours été entendu — comme nous l'avons aussi démontré — que les « *saranjams* » garantis par traité constituaient un cas à part, en face duquel les règles fixées par la loi, par la coutume ou par la jurisprudence au sujet des « *saranjams* » ordinaires cessaient d'être appliquées.

En conclusion: qu'on l'appelle « *saranjam* » ou qu'on lui dénie cette dénomination — conformément à la thèse que nous défendons —, il faudra toujours admettre que la nature juridique de la concession territoriale faite par les Mahrattes aux Portugais ne peut se déterminer

par voie déductive, au moyen de concepts, de règles ou de préceptes préétablis; il faudra toujours admettre que cette nature juridique ne peut être déterminée que d'une manière bien différente, par le Traité de 1779 lui-même et par les faits historiques qui entourent sa conclusion et son exécution.

Or, en réalité, tant des précédents historiques du traité que du traité lui-même, que des faits relatifs à son exécution, on déduit de la façon la plus claire et la plus évidente que les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli ont été données aux Portugais en pleine souveraineté et non — comme le veut le Gouvernement indien — sous forme d'une simple concession de caractère fiscal, révocable au gré du donateur.

C'est ce que nous allons essayer de démontrer maintenant, en nous efforçant d'être le plus bref possible, puisque ce qu'il y a de fondamental sur la question a déjà été dit dans la réplique; et la Partie adverse, dans sa duplique, n'a pas réussi à détruire, ni même à diminuer, la valeur des arguments et des faits allégués par le Gouvernement portugais dans cette pièce du procès.

Commençons, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, par les précédents historiques du traité.

Le premier fait important à rappeler à cet égard — et qui a déjà été signalé au paragraphe 38 de notre réplique — est que la souveraineté portugaise dans l'Inde est fort antérieure à la formation de l'empire maharatte et que celui-ci se constitua et s'élargit, en grande partie, aux dépens de territoires qui appartenaient aux Portugais.

Les Mahrattes parvinrent à conquérir aux Portugais, pendant la première moitié du XVIII^{me} siècle, une grande partie de leurs possessions dans l'Inde, en particulier la quasi-totalité de la province dite « du Nord », qui commençait à quelques lieues au nord de Damão et s'étendait jusqu'auprès de Bombay, en pénétrant assez loin dans l'intérieur.

La lutte terminée en 1739 et l'armistice improprement appelé le « Traité de Raia » signé sur le territoire de Goa (annexe n° 3 à la réplique), les Portugais furent obligés d'accepter, en 1740, un traité de paix extrêmement onéreux, par lequel ils cédaient pratiquement aux Mahrattes toute la grande Province du Nord, à l'exception des places de Damão et Saint-Jérôme et d'une *pargana* ou circonscription rurale destinée au ravitaillement et à l'approvisionnement de ces places. Ce fut le traité appelé Premier Traité de Punem (annexe n° 4 à la réplique).

En exécution d'une clause de ce traité, on procéda l'année suivante (1741) à l'échange de certains villages de la *pargana* qui était restée aux Portugais contre d'autres villages d'une *pargana* cédée aux Mahrattes. Cet échange, qui, notons-le bien, impliqua un transfert réciproque de souverainetés, fut fait en prenant pour base d'équivalence les revenus fiscaux des villages et s'effectua au moyen d'un traité qui est connu sous le nom de Deuxième Traité de Punem (annexes n°s 5 et 6 à la réplique).

La vieille Province du Nord restait ainsi, en vertu de ces deux traités, réduite aux territoires qui forment aujourd'hui la circonscription de Damão littoral.

Le Portugal ne pouvait pas se résigner à la perte de ces territoires, portugais depuis près de deux siècles, et ceci d'autant plus que cette perte créait une situation économique et militaire extrêmement précaire à la place de Damão. De là découle toute l'orientation de la politique portugaise pendant les décades qui suivirent ce traité: il fallait, dans

la mesure du possible, récupérer les territoires de l'ancienne « Province du Nord », ou, tout au moins, les *parganas* voisins de Damão, pour subvenir à la subsistance et à l'entretien de la place et de la ville.

L'évolution de cette politique de récupération territoriale entre 1740 et 1779 a été l'objet d'une étude approfondie du grand historien goanais Panduronga Pissurlencar, publiée en 1939, dans le chapitre de son ouvrage « Portugais et Mahrattes », auquel il donne précisément le titre expressif de « Tentatives pour la reconquête de la Province du Nord »¹.

C'est, entre autres, de cet ouvrage — dont l'autorité est indiscutable — que le Gouvernement portugais a tiré le rapport des faits exposés aux paragraphes 45 et suivants de la réplique. Ceci signifie que la version des événements historiques donnée à cet égard par le Gouvernement portugais n'a pas été le produit d'investigations d'occasion, faites avec des intentions polémiques, mais au contraire le résultat d'enquêtes sereines et impartiales, la dernière faite par un grand historien, presque vingt ans avant les événements qui sont à l'origine de ce procès.

Or, des documents reproduits aux annexes nos 7 à 17 de la réplique, on déduit très nettement que les Portugais, sans mettre de côté l'idée d'une reconquête des places du Nord *manu militari*, et en repoussant toujours les offres de quelques généraux mahrattes de les remettre par subornation, espéraient surtout « que les accidents du temps offrissent quelque conjoncture opportune », spécialement celle d'une négociation, à laquelle, avec le temps, les Mahrattes se prêteraient et par le moyen de laquelle on pourrait récupérer pacifiquement au moins quelques-unes desdites places avec leurs *parganas*.

A cette possibilité de récupération des territoires du Nord *par des négociations* font expressément allusion, entre autres, les documents nos 9, 13, 16, 17 et 19 des annexes à la réplique portugaise.

La conjoncture opportune surgit effectivement en 1773 lors de la déflagration d'une guerre civile entre les Mahrattes, que le vice-roi sut habilement utiliser.

En refusant les promesses alléchantes du parti rebelle commandé par Ragoba, et en favorisant, par sa neutralité, le parti légitime, qui devait sortir vainqueur de la lutte, les Portugais devinrent les créateurs de l'amitié et de la reconnaissance du Gouvernement de Punem et en obtinrent, en récompense, non évidemment la restauration complète de la Province du Nord, mais du moins l'octroi d'un groupe important de villages près de Damão, destinés à subvenir par leurs revenus à l'entretien de cette place.

Les négociations qui amenèrent l'élaboration du Traité de 1779, dans l'article 17 duquel on stipule cette concession territoriale, furent conduites à la Cour de Punem par un envoyé permanent du Gouvernement portugais de l'Inde, le goanais Narana Sinai Dumo. Les instructions particulières qu'il emporta avec lui en 1775, à son départ pour cette mission — et que le Gouvernement portugais a publiées intégralement à l'annexe n° 20 à la réplique —, montrent que l'objectif de son mandat était expressément d'obtenir, au moyen de négociations, la restitution des territoires portugais de la Province du Nord. Et le peu qu'on connaît de la marche des négociations révèle que celles-ci furent conduites de

¹ Panduronga Pissurlencar, « *Portugueses e Maratas. VI — Tentativas para a Reconquista da Provincia do Norte* » (in « Boletim do Instituto Vasco da Gama », Bastora India Portuguesa, n° 43, pp. 117 à 207, et n° 44, pp. 42 à 119) (1939).

manière à amener la révision, grâce à un nouveau traité, des onéreuses conditions de paix imposées trente et quelques années auparavant par les Mahrattes aux Portugais.

Tout ceci mène à conclure que la concession territoriale faite aux Portugais par le Traité de 1779 ne peut avoir été rien d'autre qu'une concession en pleine souveraineté: une concession tendant à restaurer, bien qu'en partie seulement, l'ancienne souveraineté portugaise sur les territoires voisins de Damão.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à cette version des faits historiques — qu'on peut lire avec plus de détails dans la réplique portugaise — le Gouvernement de l'Inde n'a pas réussi à opposer un seul argument convaincant dans sa duplique.

L'argumentation indienne, en réalité, tout au long de la première section de la première partie de la duplique, ou bien dresse des fausses cibles, ce qui est sans valeur pour une interprétation rigoureuse des faits historiques, ou bien retombe dans une tentative de faire dévier les questions sur un plan étranger, sans le moindre intérêt pour le procès en cause, ou bien résulte, finalement, d'une interprétation inexacte des textes.

C'est dresser des fausses cibles, par exemple, que de dire tout ce que le Gouvernement de l'Inde dit au paragraphe 11 et répète ensuite aux paragraphes 16, 17, 25, 28 et 35 pour combattre des affirmations que le Gouvernement portugais n'a jamais faites. Le Gouvernement de l'Inde transcrit, au paragraphe 11, un extrait du mémoire portugais; il l'interprète à sa mode; et ensuite, il emploie inutilement son temps à critiquer, non ce que le Gouvernement portugais a dit en réalité, mais ce que, lui, Gouvernement de l'Inde, a résolu d'affirmer qu'il a dit.

Il en est de même de tout ce qu'il affirme au paragraphe 30, au sujet de ce que seraient, selon le Gouvernement indien, « deux erreurs proéminentes » de la réplique portugaise — et qui ne mérite même pas la peine d'un commentaire.

C'est encore dresser des fausses cibles que de dire ce que le Gouvernement de l'Inde affirme aux paragraphes 14, 51 et 52, pour faire croire — contrairement à la lettre expresse des documents — que l'objectif de l'envoyé Dumo à Punem ne fut pas de négocier la restitution de territoires à l'État portugais mais seulement d'obtenir l'indemnisation des actes de piraterie perpétrés par les Mahrattes. Comme si les instructions que lui a données le vice-roi ne fussent pas clairement élocidatives, aussi bien que la lettre du 26 août 1776, dans laquelle il annonce au vice-roi qu'il a réussi à obtenir, à la suite des négociations, la promesse d'une concession territoriale (annexes nos 20 et 25 à la réplique).

Relève également du même procédé, enfin, ce qui est dit aux paragraphes 65 et 66 sur la disproportion entre ce que l'État portugais a perdu en 1740 et ce qu'il a récupéré en 1779, et ce qui est dit au paragraphe 67 sur le fait que Dadrá et Nagar-Aveli n'ont jamais appartenu à l'ancienne Province du Nord. Ni une circonstance ni l'autre, en réalité, ne prouve rien contre la thèse portugaise que la concession des enclaves a été une restauration partielle de souveraineté; mais, en outre, le second fait énoncé n'est même pas entièrement exact, car différents villages intégrés à la *pargana* de Nagar-Aveli avaient déjà appartenu autrefois aux Portugais. Et ceci sans parler du fait que la première intention des Mahrattes avait été de remettre aux Portugais les villages voisins de Damão littoral, et qui, eux sans aucun doute, avaient été portugais avant 1740.

Il y a d'autres aspects dans l'argumentation indienne — comme nous l'avons dit déjà précédemment — qui ne méritent pas davantage l'attention que ceux-ci, car ils représentent purement et simplement un détournement des questions sur un plan étranger et sans intérêt pour le présent procès.

Nous nous rapportons, en particulier, aux longues considérations que le Gouvernement indien développe aux paragraphes 34, 35, 37, 43, 44, 46 et 47 sur la moralité des relations diplomatiques à l'époque, et aux accusations dénuées de fondement qu'il formule à cet égard contre les Portugais du XVIII^{me} siècle.

Il n'y a qu'à déplorer que, même en une matière si étrangère au litige, le Gouvernement de l'Inde se soit tellement éloigné de la vérité historique. Et il est non moins regrettable que, pour émettre ses affirmations du paragraphe 37, il ait publié deux textes incomplets (annexes indiennes F n^{os} 5 et 6) qui, dans leur version intégrale — comme on pourra le vérifier dans l'ouvrage de Biker, d'où ils sont extraits —, démentent la thèse indienne. Et il faut regretter enfin que, dans ce même paragraphe 37, le Gouvernement de l'Inde se serve de l'ouvrage de Danvers (*The Portuguese in India*) pour accuser les Portugais d'avoir conclu un traité avec un chef local ennemi des Mahrattes, sans étayer leur accusation sur le texte du traité lui-même, qui est publié chez Biker (vol. VII, pp. 36 à 39), et d'où il ressort que l'alliance contractée est purement défensive et ne détruit en rien l'amitié promise par les Portugais au *peshwa* de Punem, amitié si souvent méprisée d'ailleurs par celui-ci.

Dans toute cette première section de l'exposé indien relatif à la période mahratte, il n'y a que trois points qui méritent un peu plus d'attention, ceci dans la mesure où ils prétendent s'attaquer de plus près à la thèse développée dans la réplique par le Gouvernement portugais: nous voulons nous référer au paragraphe 36 de la duplique, qui parle d'un traité luso-mahratte de 1760; aux paragraphes 39 et 40, où l'on soutient que la politique de reconquête de la Province du Nord fut condamnée par le Gouvernement de Lisbonne; et aux paragraphes 58 à 60, où l'on réfute l'existence de toute corrélation entre le Traité de 1779 et les anciens Traités de 1740 et 1741.

Ici, il y a eu de la part du Gouvernement indien une manifeste équivoque dans l'interprétation des sources historiques.

En effet, en ce qui concerne le premier point: Le paragraphe 36 de la duplique reproche au Gouvernement portugais de ne pas avoir produit, dans l'étude des relations luso-mahrattes, le Traité de 1760, et ceci d'autant plus que dans ce traité le Portugal s'engagea expressément à « oublier complètement ... toute revendication antérieure ».

Il faut regretter cependant que la Partie adverse se soit limitée à ne lire, de ce Traité de 1760, que l'article 15, où cet engagement se trouve, et qu'elle n'ait publié, du même traité, au volume des annexes, que l'article en question (annexe indienne F n^o 3). Elle aurait pu constater, si elle avait lu et publié le traité dans son intégralité, que le Gouvernement de Goa n'a assumé cet engagement qu'après qu'il eut été établi, à l'article 10, que le *peshwa* de Punem, « conformément à sa Grandeur, en hommage au Majestueux État, a résolu de lui donner pour toujours [qu'on remarque bien ce: « pour toujours »] 100.000 roupies chaque année de l'ensemble du Tribut de « Bidnur » » (cf. Biker, vol. VII, p. 142). L'article 15 du traité doit évidemment être compris par rapport à celui-ci; et, ainsi compris, il ne favorise nullement la thèse indienne, puisqu'il montre:

a) que l'État portugais, contrairement à ce que soutient actuellement le Gouvernement indien, avait en réalité des revendications territoriales vis-à-vis des Mahrattes; b) qu'il ne se disposait à abandonner ces revendications que moyennant le paiement d'un versement annuel de 100.000 roupies, c'est-à-dire l'équivalent du revenu d'une grande province.

Les Mahrattes ne payèrent jamais la somme promise et le traité demeura, par cela même, lettre morte.

Quant au second point indiqué, il faut regretter que le Gouvernement de l'Inde fournisse aussi une version inexacte des événements.

La vérité historique sur le point controversé se résume en peu de mots: pendant la brève période qui va de 1761 à 1765, le Gouvernement de la Métropole résolut de suivre une conduite de prudence relativement aux plans du Gouvernement de Goa pour la reconquête de la Province du Nord, par crainte que, en essayant de récupérer ce qui avait été perdu, on ne perde le peu qu'on possédait encore. Aussi le vice-roi reçut des instructions lui enjoignant de ne pas s'aventurer dans des campagnes militaires ayant cet objet.

Mais les documents qui expédiaient ces instructions disent expressément plusieurs fois qu'il s'agissait d'un ordre purement provisoire et que le monarque ne manquerait pas d'ordonner le contraire dès que les conditions deviendraient propices. En outre, comme on le voit d'après le document publié à l'annexe n° 17 de la réplique, le Gouvernement de Lisbonne expliquait déjà, en 1763, que cette interdiction ne concernait qu'une reconquête *manu militari* et que non seulement *on pouvait*, mais encore qu'*on devait* profiter de toutes les occasions pour reprendre par négociation les territoires perdus.

Mais la Partie adverse ne fait aucun cas de ces restrictions et, de cette façon, elle parvient faussement à donner à entendre, aux paragraphes 39 et 40 de la duplique, que le Gouvernement de Lisbonne s'était définitivement désintéressé de la restauration de la « Province du Nord » et qu'il avait totalement et sans réserve interdit toute espèce de tentative de Goa dans ce sens.

Cette conclusion erronée est favorisée par le fait que la Partie adverse, certainement à cause d'un choix précipité des textes, a supprimé — comme elle l'avait déjà fait précédemment aux annexes F n°s 5 et 6 — d'importants passages des documents publiés aux annexes F n°s 7 et 8. A l'annexe F n° 7, elle a omis le commencement, une partie du milieu et la fin du document et, en chacun des trois passages en cause, on fait une allusion expresse aux conditions particulières dans lesquelles est donné l'ordre que le reste du document contient. Dans l'annexe F n° 8, elle a omis un passage saillant où il est dit que l'ordre n'est donné que provisoirement, « tant que le temps ne permettra pas que des moyens s'offrent, favorables à la restauration ».

Au moment même où le Gouvernement de l'Inde agit ainsi, il essaie d'insinuer que le Gouvernement portugais, en ne publiant que partiellement le document de l'annexe n° 16 à la réplique, a prétendu dissimuler un passage relatif à cette affaire. En confrontant cependant le passage en question — maintenant publié par le Gouvernement de l'Inde à l'annexe F n° 9 — avec le reste du document tel que l'a publié le Gouvernement portugais, on constatera immédiatement que ce qui est dit dans le passage omis est également dit en deux autres passages du document, passages que le Gouvernement portugais non seulement a publiés, mais

encore a mis en italiques pour leur donner un plus grand relief, ce qui laisse absolument sans fondement l'accusation indienne.

Le troisième point qui mérite d'être relaté est celui traité aux paragraphes 58 à 60 de la duplique. Le Gouvernement de l'Inde prétend y démontrer, contrairement à ce que défend le Gouvernement portugais, qu'il n'y eut aucune corrélation entre le Traité de 1779 et les anciens Traités de 1739, 40 et 41, mais, en réalité, il ne parvient pas à le faire.

On doit, en effet, noter en premier lieu que les affirmations du Gouvernement de l'Inde aux paragraphes 58 et 59 ne peuvent invalider ce qui est une réalité palpable, je veux dire, la demande adressée par Dumo au vice-roi dans une lettre du 26 août 1776, de lui envoyer d'urgence les « capitulations de l'ancienne paix », les Mahrattes étant eux-mêmes à leur recherche pour collationner avec elles celles du traité en préparation (annexe n° 25 à la réplique). Et l'on doit noter encore, en second lieu, que le projet de Traité de 1775, dans son préambule, ne peut avoir voulu se référer seulement au Traité de 1760, malgré ce que nos estimés contradicteurs soutiennent au paragraphe 60: il veut faire allusion sans l'ombre d'un doute aux anciens Traités de 1739, 40 et 41, puisqu'il dit expressément :

« *Des traités ont été jadis conclus entre le Majestueux État et le shrimant Pant Pradhan. Beaucoup de temps s'est écoulé depuis, etc.* » (annexe indienne F n° 20).

Il est parlé de « traités » (au pluriel) et il est dit que ceux-ci « ont été conclus » (au pluriel) « jadis » et que « beaucoup de temps s'est écoulé depuis ». Il n'est pas normal qu'on puisse se référer en ces termes à un traité conclu en 1760, seulement 15 ans auparavant; mais, de toute façon, ce que l'on est forcé de reconnaître, c'est que la référence se rapporte à un autre ou à d'autres traités luso-mahrattes, puisqu'elle est faite au pluriel. Et ces traités ne peuvent être que ceux de 1739, 40 et 41, puisque de ceux-ci seulement on pouvait dire qu'ils avaient été conclus « jadis », « beaucoup de temps s'étant écoulé depuis lors ».

En conclusion, il ne peut y avoir de doute que le Traité de 1779, par lequel les Mahrattes s'engagèrent à remettre aux Portugais des villages d'un revenu de 12.000 roupies, apparaît comme le couronnement d'une série de démarches diplomatiques entamées pour rectifier les onéreuses conditions de la paix de 1740 et obtenir la restauration, au moins partielle, de l'antique souveraineté portugaise sur les terres de Damão.

Les précédents historiques du traité révèlent, ainsi, que cette concession territoriale ne peut avoir été autre chose qu'une concession en pleine souveraineté.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si des précédents historiques du traité nous passons à l'analyse du Traité de 1779 lui-même, la conviction que la concession territoriale faite aux Portugais fut une concession en pleine souveraineté s'enracine encore davantage. La question a longuement retenu l'attention du Gouvernement portugais aux paragraphes 76 et suivants de la réplique; et les arguments présentés n'ont nullement été ébranlés par la critique que le Gouvernement de l'Inde leur a adressée aux paragraphes 159 et suivants de la réplique.

L'argumentation portugaise, à cet égard, peut se condenser en quatre points fondamentaux :

1° En aucune des versions connues du Traité de 1779 il n'est fait la plus légère réserve de droits souverains sur les villages cédés à l'État portugais; et, de la même manière, en aucune d'elles n'apparaît de clause dont on puisse inférer que le *peshwa* mahratte s'était réservé le droit de révoquer unilatéralement la concession (réplique, paragraphe 76).

2° Les termes mêmes dans lesquels est rédigé l'article 17 du traité inculquent que la concession fut faite avec octroi de pleins pouvoirs souverains (réplique, paragraphes 79 à 82).

3° Il n'y a rien d'étonnant à ce que l'ampleur de la concession ait été rapportée à une valeur fiscale, puisqu'il était fréquent, dans les traités conclus à cette époque dans l'Inde, de convenir le transfert de pouvoirs souverains sur des territoires seulement déterminés par la valeur de leur revenu (réplique, paragraphes 83 et 84).

4° Les autres clauses du traité confirment le caractère plénier de la concession stipulée à l'article 17 (réplique, paragraphe 85).

Le premier point, comme on le voit, comporte un argument de caractère négatif: pour le Gouvernement portugais, le fait que le « dominant » de Punem ne se réservait aucun droit souverain sur les villages qui furent objet de la concession ne peut signifier autre chose que la remise de ces villages en pleine souveraineté; et le fait de ne réserver aucun droit de libre révocation ne peut signifier autre chose que l'irrévocabilité de la concession.

Le Gouvernement de l'Inde se borne à dire, à l'encontre de cette thèse, aux paragraphes 161 et 162 de la duplique, que le transfert de la souveraineté ne se présume pas et que la charge de la preuve, à cet égard, appartient à la Partie intéressée à établir que le transfert a eu lieu. Mais le problème est ainsi manifestement mal posé. Du point de vue juridique, il n'est absolument pas question ici de présomption ni de charge de la preuve. Il n'y a qu'un problème d'interprétation d'un traité, et c'est sur ce plan que le Gouvernement portugais a produit son argument.

En d'autres termes, le Gouvernement portugais ne veut pas se prévaloir ici d'une présomption juridique. Il entend simplement se servir, pour l'interprétation du traité, d'un raisonnement entièrement légitime, et qui est celui-ci:

Par le Traité de 1779, un État souverain — l'État mahratte — s'est engagé à remettre une partie de son territoire à un autre État souverain — l'État portugais de l'Inde. S'il avait voulu réserver des droits de souveraineté sur le territoire cédé, il aurait été naturel qu'il le fit de manière expresse, pour éviter de futures complications à ce sujet. Et s'il avait voulu réserver le droit de révoquer unilatéralement la concession, il aurait été non moins naturel qu'il n'omit pas de le faire expressément, puisqu'il ne pouvait ignorer qu'un traité, juridiquement, est un acte bilatéral et qui ne saurait être modifié par délibération exclusive d'un des contractants, sans une réserve expresse. Or, dans la réalité, l'État mahratte n'a rien réservé, ni dans un sens ni dans l'autre, et ceci ne peut se comprendre que comme un indice certain qu'il n'a rien voulu réserver.

Ce raisonnement est d'autant plus impressionnant qu'il est certain que les Mahrattes, à l'article 17 du traité, ont parfaitement su stipuler, de manière expresse, ce qu'ils trouvaient intéressant en réalité de stipuler: l'interdiction pour les Portugais de construire des fortifications sur les territoires cédés. S'ils ont reconnu la nécessité de stipuler expressément

cette réserve, il est évident qu'ils auraient bien su en stipuler d'autres s'ils avaient eu l'intention de le faire et, ce qui est sûr, c'est qu'ils n'ont rien réservé de plus.

Le second point de l'argumentation portugaise se rapporte aux termes mêmes de l'article 17 du traité dans les différentes versions qu'on en connaît.

Conformément à ce qu'on a expliqué au paragraphe 80 de la réplique, la version originale mahratte du 17 décembre 1779 — qui est la version du traité qui lie véritablement le Gouvernement mahratte — déclare, en termes clairs et sans équivoque, que « des villages produisant un revenu de 12.000 roupies seront affectés à Damão », ce qui signifie manifestement que l'objet de la donation était les villages eux-mêmes et non seulement leur revenu.

De même, à la fin de l'article, il n'est pas dit que le revenu de 12.000 roupies sera spécifié sur des villages déterminés; ce qui est dit, c'est que « ces villages [puisqu'il s'agissait de donation de villages et non de donation d'un revenu] seront spécifiquement désignés ».

Finalement, parce que la donation portait sur les villages eux-mêmes et non sur leur revenu, le texte dit que les villages à remettre aux Portugais doivent être des villages « où s'exerce sans obstacle l'autorité du *sarcar* ». C'est-à-dire: puisqu'il s'agissait de donner aux Portugais certains villages en pleine souveraineté, il était nécessaire que fussent choisis à cet effet des villages où la pleine souveraineté du *sarcar* s'exerçait à ce moment-là sans obstacle. Et cette clause était en réalité fort importante, car l'autorité du *sarcar* sur différents villages voisins de Damão était alors très affaiblie, soit par des luttes avec de puissantes individualités régionales, soit par l'avance des troupes anglaises.

Les autres versions connues du Traité de 1779, bien que d'un intérêt moindre à ce point de vue que la version originale mahratte que nous venons d'analyser, révèlent aussi, d'une manière positive et claire, que la concession des villages fut faite en pleine souveraineté. Je me dispense de répéter ici les considérations de notre réplique à ce sujet.

Le Gouvernement indien consacre les paragraphes 163 à 176 de sa duplique à critiquer, sans succès, le second point de la thèse portugaise, en essayant de montrer que l'article 17 du traité, dans les différentes versions connues, n'a pas le sens que le Gouvernement portugais lui attribue. Comme il ne reconnaît aucune valeur à la traduction portugaise de l'original mahratte — ce que, d'ailleurs, nous ne pouvons pas accepter —, ces considérations sont toutes basées sur les trois autres textes: l'original en langue mahratte, l'original en langue portugaise et la traduction mahratte de l'original portugais.

En ce qui concerne l'original en langue mahratte, l'argumentation indienne est surtout orientée vers la défense d'une double thèse: a) que la concession territoriale stipulée à l'article 17 restait subordonnée à différentes conditions et que ceci entraînerait la faculté implicite pour les Mahrattes de révoquer la concession si ces conditions n'étaient pas respectées (paragraphes 165 et 166); b) que l'expression « affectation de villages », employée dans la clause qu'on analyse, signifie simplement « affectation du revenu des villages » (paragraphe 174).

Pour mieux défendre ses points de vue, la Partie adverse a fait remplacer le texte qu'elle avait elle-même présenté à l'annexe C n° 3, comme traduction digne de foi, par une nouvelle traduction (paragraphe 172 de la duplique). Ce n'est d'ailleurs pas la seule fois que nos estimés contradicteurs remplacent leurs propres traductions de documents.

La vérité, cependant, est que le texte, ni rectifié, ni sans rectification, ne renforce en rien le point de vue indien, comme nous allons le voir.

En ce qui concerne le caractère conditionnel de la concession, le Gouvernement de l'Inde affirme qu'il y aurait eu 3 conditions imposées par le traité, dont l'inobservance entraînerait la révocation de celui-ci, à savoir: 1° la condition que les Portugais entretiendraient des relations d'amitié avec les Mahrattes (paragraphe 165, 166, 167 *in fine*, 173 et 176); 2° la condition que l'autorité ou juridiction du *sarcar* sur les villages cédés ne serait pas entravée (paragraphe 167 *in fine*, 173, 176, 183 à 185); et 3° la condition que les Portugais ne construiraient pas de fortifications (paragraphe 167 *in fine*, 173 et 176).

Or, rien de tout ceci n'est exact. En premier lieu, l'amitié des Portugais pour les Mahrattes apparaît mentionnée dans le texte en question simplement comme *fondement* ou *cause prochaine* de la concession, mais nullement comme *condition*, au sens juridique, de son maintien. En second lieu, ce que le texte dit bien clairement, ce n'est pas que l'autorité du *sarcar* sur les villages cédés devait subsister sans entraves, mais bien, de façon toute différente, que devaient être remis à l'État portugais des villages « où s'exerce sans obstacle l'autorité de *sarcar* », expression qui a son explication fort naturelle — comme on l'a déjà dit — dans le fait que l'autorité du *sarcar* sur différents villages situés dans le voisinage de Damão se trouvait à l'époque fortement ébranlée par les attaques des potentats locaux et par l'avance des Anglais. Et, en troisième lieu, l'interdiction de construire des fortifications est une simple mesure de sécurité, très fréquente dans les traités asiatiques de cette époque — comme d'ailleurs dans d'autres instruments internationaux — qui avait, dans ce cas, le simple objectif d'éviter que les territoires cédés aux Portugais pussent être utilisés comme bases de départ pour des entreprises militaires contre les Mahrattes.

S'il est impossible de voir ici trois véritables conditions au sens juridique du mot, il l'est plus encore de soutenir que leur « inobservance » aurait permis automatiquement au souverain mahratte de révoquer la concession. Outre qu'une telle possibilité de révocation n'est pas stipulée dans le traité ni ne résulte indirectement d'aucune de ses clauses, elle est en contradiction manifeste avec les dispositions de ce même traité dans son article 6 et son article 13. Le premier de ces deux articles prévoit effectivement que toutes les difficultés entre les deux États intéressés seront résolues par voie de négociations; et le second stipule qu'aucune des deux Parties intéressées ne profitera de la faiblesse de l'autre pour susciter des difficultés. Or, tout ceci s'oppose manifestement à l'idée qu'une des Parties puisse apprécier unilatéralement la conduite de l'autre et fonder sur cette appréciation la révocation du plus important des engagements pris vis-à-vis d'elle.

Quant à l'affirmation indienne du paragraphe 174 de la duplique suivant laquelle l'expression « affectation de villages », employée à l'article 17 de la version originale mahratte du traité, ne peut signifier autre chose qu'« affectation du revenu des villages », il suffira d'observer que le seul texte doctrinal dont s'autorise le Gouvernement de l'Inde à ce sujet — le texte publié à son annexe F n° 40 — dit exactement le contraire. D'après lui, l'expression peut signifier la donation du sol même des villages (annexes à la duplique, III, p. 476). Et il est inutile de rappeler que la jurisprudence des tribunaux indiens a écarté expressé-

ment l'idée de quelque présomption à cet égard, dans le cas *Secretary of State c. Laxmibay*, que nous avons déjà signalé en son temps.

[Audience publique du 24 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir analysé le texte de l'original mahratte du traité, le Gouvernement de l'Inde essaie encore, sans succès, de découvrir des arguments à l'appui de sa thèse dans le texte original en langue portugaise, daté du 4 mai 1779. Il se réfère à celui-ci aux paragraphes 169, 175 et 176 de la duplique.

Le caractère précaire de la concession y serait patent à trois passages : celui où le mot « contribution » est employé pour définir l'octroi des villages, celui où est déclaré que cet octroi de villages est fait par le Dominant mahratte « *through his Daman jurisdiction* », c'est-à-dire, la juridiction mahratte de Damão, jadis appartenant à la juridiction portugaise, et celui où il est stipulé que les villages seront spécifiés au moyen d'un « *sanad* » à émettre en temps opportun. Ce dernier fait, surtout, serait décisif, d'après la Partie adverse, puisqu'un « *sanad* », conceptuellement ou par définition, est un document de chancellerie qui « implique une disposition non territoriale » et qui « jamais n'a visé une cession de territoire et un transfert de souveraineté ».

Aux deux premiers arguments, il ne vaut même pas la peine de répondre, puisqu'on a déjà expliqué précédemment que le mot « contribution » dans la langue portugaise signifie seulement don, prestation ou aide; et l'expression « *through his Daman jurisdiction* » n'a évidemment pour objectif que de localiser géographiquement la concession.

Mais ce qui mérite réponse, c'est le troisième argument, étant donné l'importance injustifiée que nos estimés contradicteurs lui attribuent. Il suffit pourtant, pour détruire l'affirmation indienne, d'invoquer ici deux textes bien élocutatifs : le premier est l'article 5 du Traité anglo-mahratte du 6 mars 1775, publié à l'annexe indienne F n° 41 (annexes à la duplique, III, p. 479), où est stipulée une concession territoriale — que la Partie adverse elle-même reconnaît avoir été faite en pleine souveraineté — ajoutant que le Gouvernement mahratte a dû à cet égard remettre « les *sanads* nécessaires, accordant de la manière la plus large tous les droits et titres présents et futurs du Gouvernement mahratte sur ceux-ci » (c'est-à-dire, sur les territoires cédés). Le second est également un Traité anglo-mahratte du 1^{er} mars 1776 — qu'on trouve reproduit dans le même livre que le précédent (*Treaties, agreements and engagements*, par R. Hughes Thomas) et qui peut être consulté au Greffe de la Cour, où il a été déposé par la Partie adverse : il stipule la remise par les Mahrattes aux Anglais, en pleine souveraineté, d'un territoire de 3 *lakhs* de roupies et il y est établi (article 7) que les Anglais continueront provisoirement à rester possesseurs de certaines *parganas* mahrattes « jusqu'à ce que soient élaborés les *sanads* pour le territoire des trois *lakhs* ».

Ceci prouve qu'il était absolument normal — malgré tout ce que le Gouvernement de l'Inde peut objecter — d'émettre des *sanads* pour exécuter le transfert de souveraineté sur un certain territoire, en accomplissement de ce qui avait été stipulé dans un traité.

Le Gouvernement de l'Inde fait encore allusion, pour finir et au paragraphe 171 de la duplique, à la traduction mahratte de l'original portugais du traité. Mais de la valeur juridique de cette traduction

nous avons déjà dit ce qu'il importait de dire, de sorte que tout nouveau commentaire serait superflu.

Au troisième point de l'argumentation portugaise, développé aux paragraphes 83 et 84 de la réplique, le Gouvernement indien ne parvient pas non plus à donner de réponse satisfaisante. Il se borne à dire, au paragraphe 178 de la duplique, qu'« il est inconcevable qu'une cession de territoire en souveraineté ait pu avoir lieu en vertu du prétendu Traité de 1779, sans qu'il soit fait mention d'aucun territoire et laissant le choix de ce territoire à la seule initiative des Mahrattes, et la cession devant être faite par un *sanad* ».

Il faut avant tout observer qu'il n'est pas exact que le Traité de 1779 ait omis toute identification géographique des territoires cédés à l'État portugais, puisqu'il y est dit expressément qu'il sera donné des villages voisins de Damão, choisis entre ceux où l'autorité du *sarkar* s'exerce sans obstacle.

Mais on doit faire remarquer en outre, que le transfert de pouvoirs souverains sur des territoires seulement déterminés par leur valeur fiscale, leur localisation étant remise à un moment plus tardif, était courant dans les traités conclus dans l'Inde à cette époque.

En plus des exemples déjà donnés au paragraphe 83 de la réplique, nous pouvons encore signaler ceux-ci :

a) L'article 8 du Traité anglo-mahratte de 1817 (annexe indienne E n° 12), où est réglé — comme dans le Traité luso-mahratte de 1740 — un échange de territoires, en pleine souveraineté, référés uniquement à leur rendement fiscal;

b) l'article 5 du Traité anglo-mahratte de 1802 (annexe indienne F n° 41) où est faite une stipulation identique;

c) l'article 8 du Traité anglo-mahratte de 1804 (annexe indienne F n° 41) où, une fois encore, un échange de territoires est conclu d'après leur valeur fiscale;

d) enfin, le Traité anglo-mahratte du 1^{er} mars 1776, de tous ces exemples le plus expressif, à cause de sa ressemblance flagrante avec le cas de la concession faite aux Portugais en 1779. Il y est stipulé, comme nous l'avons déjà vu, que les Mahrattes remettront aux Anglais, en pleine souveraineté, « un territoire de trois *lakhs* entiers de roupies près de, ou joutant, Broach » (article 5), et où il est stipulé que la localisation du territoire cédé sera faite au moyen de *sanads* émis par la chancellerie mahratte (article 7).

Ces exemples parlent d'eux-mêmes et se passent de commentaires. Ils prouvent qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que le Traité de 1779 ait cédé à l'État portugais certains villages en pleine souveraineté, en indiquant la dimension de la concession par une simple mention fiscale et en laissant liée à l'émission d'un *sanad* la localisation des villages cédés.

Le quatrième et dernier point de l'argumentation portugaise, basé sur l'analyse des autres dispositions du Traité de 1779, aboutit à la conclusion que ces dispositions n'auraient ni sens ni portée pratique si la concession territoriale faite à l'article 17 avait eu un caractère précaire et révoquant.

L'affaire est exposée au paragraphe 85 de la réplique et dispense de plus longs commentaires, puisque les considérations présentées par le Gouvernement indien à cet égard aux paragraphes 186 et 192 de la duplique ne modifient en rien ce qui y a été dit.

Nous voudrions seulement fournir deux éclaircissements pour la parfaite compréhension de cette partie du problème.

Le premier éclaircissement est que l'article 6 du traité — dont l'importance a déjà été mise en relief — n'entend nullement se rapporter, comme le suppose la Partie adverse au paragraphe 190 de la duplique, à la présence d'un représentant permanent du Gouvernement de Goa à la Cour de Punem, mais seulement à l'obligation de résoudre les litiges éventuels par le moyen de négociations. L'article 18 du projet de traité de 1775 (annexes indiennes E n° 3 et F n° 20) et l'article 6 du projet de 1777 (annexe indienne E n° 5) sont de précieux éléments d'interprétation à ce point de vue : tous deux parlent expressément de la résolution de litiges éventuels au moyen d'émissaires (au pluriel) ou « d'envoyés [au pluriel] des gouvernements respectifs ».

Le second éclaircissement est que l'État portugais ne peut être blâmé, comme il l'est par le Gouvernement indien au paragraphe 191, pour ne pas avoir porté secours aux Mahrattes quand ceux-ci durent, à partir de 1802, s'opposer à l'avance des troupes anglaises. Le Portugal avait et continue d'avoir avec la Grande-Bretagne une alliance qui dure sans interruption depuis le XIV^{me} siècle, et en exécution de cette alliance, il stipula expressément à l'article 9 du Traité de 1779 — comme il l'avait déjà fait à l'article 1 du Traité de 1760 et dans d'autres traités — qu'il porterait secours aux Mahrattes par les armes contre un ennemi, « pourvu que ledit ennemi ne soit pas un allié dudit État ». Le fait que l'État portugais ne soit pas entré en lutte contre les Anglais pour la défense des Mahrattes ne signifie donc nullement une rupture de l'amitié convenue par le Traité de 1779.

Ainsi pouvons-nous conclure de tout ce que nous venons de dire que l'analyse interne du Traité de 1779 confirme ce qui résultait déjà de l'analyse de ses précédents historiques, à savoir que la concession territoriale octroyée par ce traité aux Portugais fut une concession en pleine souveraineté.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on arrive à la même conclusion, finalement, par l'analyse des documents et des faits qui se rapportent à l'exécution du traité, d'où sortit la remise effective des enclaves de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais.

Comme nous l'avons déjà dit, les Mahrattes voulurent exécuter les promesses faites dans le Traité de 1779, en remettant aux Portugais quelques villages voisins de la circonscription de Damão littoral. Et à cette fin, ils é mirent, quelques mois après la conclusion du traité, les ordres ou *sanads* requis (annexes indiennes C nos 8 à 11). Mais comme ces villages, entre temps, étaient tombés au pouvoir des Anglais, les Mahrattes — fidèles à l'engagement assumé de livrer des villages « où s'exerçait sans obstacle l'autorité du *sarkar* » — se trouvèrent forcés d'en fournir d'autres situés dans l'*hinterland* ; d'abord, en 1783, ce furent ceux qui forment aujourd'hui l'enclave de Nagar-Aveli ; ensuite, en 1785, comme le revenu global de ceux-ci n'atteignait pas le chiffre stipulé de 12.000 roupies, 6 nouveaux villages qu'ils avaient antérieurement réservés et, parmi eux, le territoire qui forme aujourd'hui l'enclave de Dadrá. Par la même occasion, les Mahrattes renoncèrent aussi, en faveur des Portugais, au recouvrement de certains droits douaniers, qu'en 1783 ils avaient réservés et qui constituaient la perception dénommée *zakat*.

Les documents se rapportant à l'exécution du Traité de 1779 et à la remise des enclaves à l'État portugais peuvent se classer en trois grands

groupes: les documents d'origine mahratte, les documents d'origine portugaise et les documents de caractère bilatéral. Le Gouvernement portugais les a analysés dans cet ordre dans sa réplique (paragraphe 90 à 113); le Gouvernement indien s'y est référé dans le même ordre, aux paragraphes 203 à 231 de la duplique; et c'est dans cet ordre encore qu'il convient, dans cet exposé, d'en faire une brève mention.

La première tâche qui s'impose est d'établir une hiérarchie de valeurs entre ces trois groupes de documents; et dès le premier abord surgit à cet égard une importante divergence entre les positions du Gouvernement portugais et du Gouvernement de l'Inde au sujet de la valeur juridique à attribuer aux documents d'origine mahratte. Le Gouvernement indien cherche à leur donner la primauté, en soutenant qu'il n'y a pas eu de véritable Traité de 1779 et que, donc, ces documents mahratte, formant la base juridique elle-même de la concession territoriale faite aux Portugais, revêtent plus d'importance que tous autres.

Mais cette thèse de nos estimés contradicteurs, comme nous l'avons montré, s'effondre devant un argument sans réplique, à savoir que tous les documents mahratte qui se rapportent à la concession, entre 1780 et 1785 — tous, sans aucune exception —, disent expressément que les villages sont remis en accomplissement des stipulations d'un traité; et cinq d'entre eux, précisément ceux de 1783 et de 1785 qui ordonnent de remettre Nagar-Aveli et Dadra aux Portugais, ne font pas simplement allusion à un traité, mais bien au traité conclu en 1779.

La Partie adverse fait de grands efforts pour échapper au poids de cet argument. Elle évite de l'aborder de front, malgré qu'il lui ait été clairement présenté aux paragraphes 66, 67 et 91 de notre réplique; elle emploie deux pages de la duplique à reproduire de courts extraits des documents en question, d'où elle supprime systématiquement les phrases qui ont trait à la conclusion du traité en 1779 (III, pp. 110 et 111); et elle termine en soutenant, au paragraphe 211, contre la teneur véritable de ces documents, que la remise des villages fut faite à la suite de l'accord verbal effectué en 1776 avec l'envoyé portugais et non en exécution du Traité de 1779. En outre, comme unique document à l'appui de cette thèse, elle invoque le *memorandum* mahratte du 19 décembre 1779, qui distingue d'ailleurs, *expressis verbis*, comme nous l'avons déjà vu, le traité qui vient d'être conclu deux jours avant et la proposition de 1776 (annexe indienne C n° 7).

S'il est indiscutable — comme c'est le cas — que les documents mahratte concernant la remise des villages se rapportent tous au Traité de 1779 et se proposent, tous aussi, la simple exécution de ce qui a été convenu, il est évident que ces documents ne peuvent avoir — contrairement à ce que prétend le Gouvernement indien — aucune supériorité de valeur probatoire sur les deux autres groupes de documents: documents d'origine portugaise, et documents de caractère bilatéral.

Au contraire, l'unique hiérarchie de valeurs qu'on puisse établir entre ces trois groupes de documents est celle que le Gouvernement portugais soutient: en premier lieu, les documents de caractère bilatéral; et au second plan, à égalité, les documents de provenance portugaise et les documents de provenance mahratte.

C'est d'après cette échelle de valeurs probatoires des documents relatifs à la remise des villages que le Gouvernement portugais, aux paragraphes 91 à 113 de la réplique, fait un examen minutieux des trois grands groupes de documents, en montrant:

1) qu'il n'y a, dans les documents d'origine mahratte, rien qui contredise le caractère plénier et définitif de la concession territoriale faite aux Portugais;

2) qu'en sens contraire, les documents d'origine portugaise révèlent, de la manière la moins équivoque, que les autorités portugaises ont reçu les villages, en toute bonne foi, avec la conviction absolue qu'ils leur étaient remis en pleine souveraineté;

3) que les documents de caractère bilatéral, particulièrement les accords luso-mahrattes de 1783 et de 1785, avaient stipulé des droits et des charges qui n'étaient conciliables qu'avec la pleine souveraineté portugaise sur les enclaves.

Il serait superflu de répéter ici en détail l'argumentation par laquelle le Gouvernement portugais démontre ces trois points; aussi nous bornerons-nous à demander respectueusement à la Cour de se reporter aux pages de la réplique sur la question; et nous entamerons immédiatement une brève analyse de l'argumentation que la Partie adverse a développée en sens contraire.

En ce qui regarde les documents d'origine mahratte, l'argumentation indienne des paragraphes 203 à 214 de la duplique est viciée dans son ensemble par la supposition erronée que ces documents seraient la base juridique de la concession et possèderaient ainsi une valeur probatoire qu'ils ne possèdent pas en réalité.

Dans la mesure où il a été déjà démontré que cette supposition est inexacte et que lesdits documents n'ont qu'un caractère purement exécutif, toute l'argumentation indienne s'effondre et ne mérite donc pas de longs commentaires.

Il faut rejeter, par exemple, tout ce que le Gouvernement de l'Inde dit aux paragraphes 204 à 206. En réalité, les documents mahrattes de 1780, 1783 et 1785 n'étant pas la base juridique de la concession territoriale faite aux Portugais, il n'y a pas à discuter leur capacité de transférer des pouvoirs souverains ni s'ils les ont effectivement transférés; et encore moins de faire retomber à cet égard la charge de la preuve sur le Gouvernement portugais. En d'autres termes, ces documents ayant — comme ils l'ont — un caractère purement exécutif, et ne valant — comme ils ne valent — qu'en tant qu'éléments d'interprétation du traité auquel ils se rapportent, le Gouvernement portugais n'a rien à faire de plus que de démontrer et d'enregistrer le fait d'ordre négatif qu'on n'y trouve rien de contraire au caractère plénier et définitif de la concession faite par le Traité de 1779. Et ceci, c'est ce que la réplique a effectivement démontré et enregistré aux paragraphes 91 à 99.

Or, une fois posé le problème sur ce plan, le Gouvernement de l'Inde n'a réussi à invoquer de son côté que l'argument déjà connu d'après lequel dans quelques documents apparaissent les mots *saranjam* et *dumala* (par. 210 de la duplique); et on en a déjà assez dit sur le manque de valeur de cet argument dans la réplique portugaise et dans cette plaidoirie pour qu'il ne soit pas nécessaire de revenir sur la question.

Il n'y a pas besoin non plus de perdre de temps sur le problème traité par le Gouvernement indien aux paragraphes 211 à 214 de la duplique de la ressemblance entre la concession faite par les Mahrattes au Gouvernement portugais et celle faite à la même occasion à l'envoyé Narana Sinai Dumo. En plus des différences palpables déjà signalées aux para-

graphes 95, 96 et 97 de la réplique, il y a entre les deux concessions une différence de structure que la Partie adverse ne pourra contester : l'une prend pour base un traité, signé entre deux États souverains, tandis que l'autre ne prend pour base que les *sanaás* unilatéralement expédiés par le Gouvernement mahratte.

En ce qui concerne les documents d'origine portugaise cités aux paragraphes 100 à 104, 109 et III de la réplique, la thèse du Gouvernement de l'Inde est que ceux-ci sont sans aucune valeur (par. 215 de la duplique), et que, en dehors de cela, « ils ne contiennent pas d'indications, soit que les Portugais aient reçu cession du territoire en pleine souveraineté, soit que les Portugais aient pensé, à l'époque, qu'ils avaient reçu cession de territoires en pleine souveraineté » (par. 216 et suivants).

Au sujet de la première affirmation, il existe une équivoque manifeste : les documents de provenance portugaise n'ont ni plus ni moins de valeur, pour le problème qui nous occupe actuellement, que les documents de provenance mahratte. Les uns et les autres ne valent ici que comme éléments d'interprétation du Traité de 1779, sans pouvoir cependant prévaloir sur les dispositions du traité lui-même. Or, dans ce sens, la valeur des documents portugais en cause est de montrer sans équivoque que les Portugais sont entrés en possession des enclaves, dès le premier instant, avec la pleine conviction et bonne foi d'avoir acquis la souveraineté sur elles. Et que jamais, en aucun temps, le plus léger doute ne s'est élevé dans leur esprit à cet égard.

L'existence de cette conviction, de cet état de bonne foi, ressort avec une telle évidence des documents invoqués dans la réplique que l'on s'étonne de voir la Partie adverse la nier. Qu'il s'agisse, dans les ordres du vice-roi au gouverneur de Damão, de prendre possession des villages « pour la couronne de la Reine Très Fidèle » (annexes n^{os} 26 et 29 à la réplique), qu'il s'agisse de la protestation adressée au gouverneur de Bombay contre l'usurpation par les Anglais des villages déjà désignés par les Mahrattes pour être remis aux Portugais (annexe n^o 27), qu'il s'agisse des démarches faites en 1783 pour un échange des villages reçus contre d'autres situés près de Damão littoral (annexe n^o 30), ou qu'il s'agisse, enfin, des actes ou procès-verbaux de prise de possession de 1783 et de 1785 (annexes n^{os} 5 et 7 du mémoire), la conviction de l'acquisition des villages en pleine souveraineté éclate toujours avec une limpidité cristalline.

Les actes ou procès-verbaux de prise de possession que nous venons de citer sont particulièrement expressifs. Tous les *patels* et *naïques*, en tant qu'autorités suprêmes des villages transférés sous la souveraineté portugaise, y apposent leur seing et y reconnaissent expressément comme souveraine la reine du Portugal, en promettant d'obéir aux ordres de ses gouverneurs et capitaines généraux. Le Gouvernement de l'Inde, au paragraphe 108 du contre-mémoire et au paragraphe 218 a de la duplique, proteste contre la valeur de ces documents, en alléguant que les *patels* et *naïques* étaient des illettrés, incapables de mesurer la portée de l'acte qu'ils accomplissaient. Mais cet argument ne vaut rien, puisqu'il faut tenir compte — comme il a déjà été dit au paragraphe 109 de la réplique — que l'attitude de ces autorités administratives locales correspond à l'exécution d'un ordre, donné aux *patels* et au peuple de Nagar-Aveli par le *subadar* de Baçaim, d'avoir à obéir sans aucune opposition au Gouvernement portugais de Damão, « passant sous les ordres de ce Gouvernement » (annexe n^o 3 au mémoire).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il existe enfin certains documents de caractère bilatéral relatifs à la remise de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais. La réplique, aux paragraphes 106 et 107, attire avant tout l'attention, à cet égard, sur le fait que la remise de Nagar-Aveli a été faite moyennant un échange officiel de documents entre les autorités locales mahrattes et portugaises, documents dont le contenu ne laisse pas de doute sur la plénitude des pouvoirs transférés à l'État portugais, à savoir, deux ordres de service du *subadar* de Baçaim, dont copie fut remise au gouverneur de Damão, et un reçu passé par un plénipotentiaire au gouverneur à l'usage des autorités mahrattes, (annexes n^{os} 2, 3 et 4 au mémoire portugais).

Les commentaires que la duplique indienne construit autour de ces documents, aux paragraphes 221 à 226, sont dépourvus de toute valeur. Ce n'est pas, réellement, par un simple jeu de mots autour de l'expression « titres de transfert », ni par des insinuations — qui doivent être repoussées avec fermeté — relativement à l'authenticité des documents en cause et au crédit à leur accorder que le Gouvernement de l'Inde parviendra à invalider la valeur réelle des preuves présentées.

En plus de l'échange officiel référé des documents, la remise de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais donna aussi l'occasion de conclure deux accords luso-mahrattes : l'un en 1783 (publié à l'annexe n^o 32 à la réplique) et l'autre en 1785 (publié à l'annexe n^o 8 au mémoire) ; dans tous les deux, on stipule des droits et des charges qui seraient dépourvus de sens si la concession des enclaves n'avait pas été faite en pleine souveraineté. La réplique portugaise, aux paragraphes 108, 112 et 113, les a mentionnés en détail.

La duplique, aux paragraphes 227 à 231, essaie de nier la valeur probatoire des documents qui contiennent le texte de ces accords et soutient qu'outre cela, les dispositions dont ces documents font état ne favorisent pas la thèse du Gouvernement portugais.

Le premier point ne mérite même pas que nous nous y arrêtions. Le fait qu'on ne connaisse pas aujourd'hui les textes originaux de ces deux accords ne peut invalider la valeur probatoire des copies dignes de foi qu'on en connaît et que le Gouvernement portugais a présentées. De l'accord de 1783, nous connaissons deux copies enregistrées respectivement dans le « *Livro das Monções* », c'est-à-dire « Livre des Moussons », qui se trouve à Goa, et dans le « *Livro do Registo dos Tratados* », c'est-à-dire « Livre du Registre des Traités » du Gouvernement de Damão ; et l'on ne peut mettre en doute qu'un texte en langue mahratte n'ait été rédigé à la même époque, tant parce que la version portugaise — l'unique connue aujourd'hui — est datée selon le calendrier local, que parce que sa syntaxe est manifestement celle d'un texte traduit littéralement du mahratte. De l'accord de 1785, on connaît aussi deux copies authentiques en langue portugaise et l'une d'elles, récemment découverte par les experts portugais, est accompagnée du texte mahratte et a été déposée en son temps au Greffe de la Cour.

La fidélité et la valeur probatoire des documents en cause une fois bien fondées, voyons brièvement si leurs dispositions confirment ou non la thèse portugaise.

Commençons par l'accord de 1783.

Le titre même du document, selon la duplique indienne, au paragraphe 227 a, révélerait que la concession portait uniquement sur le revenu des villages, mais cette affirmation n'a pas le moindre fondement. Ce que dit

le titre du document, c'est qu'il s'agit d'un accord établi à l'époque de la remise aux Portugais de la *pargana* de Nagar-Aveli. La référence qu'on y trouve à un « revenu du temps passé » dérive seulement de ce que l'évaluation de la *pargana*, pour la remise à l'État portugais, a été faite d'après le revenu qu'elle produisait au temps passé, c'est-à-dire avant d'avoir été dévastée par la guerre civile maharatte des temps récents. Les documents des annexes indiennes C n^{os} 14 et 15 éclairent bien ce point.

Une autre affirmation entièrement erronée de la duplique, dans le même paragraphe — répétition, d'ailleurs, de celle déjà faite au paragraphe 164 —, c'est que, d'après l'article 7 de cet accord luso-maharatte, l'État portugais serait obligé de retourner annuellement au Gouvernement maharatte l'excédent du revenu de 12.000 roupies, ce qui confirmerait le caractère « *saranjam* » de la concession. Il suffit de lire le dispositif pour constater que ce qui y est convenu est une chose entièrement distincte :

« Le revenu de ladite *pargana* dans le *darbar* de Punem étant supérieur ou inférieur, le *sarkar* remettra les villages qu'il a conservés, afin de faire la somme de 12.000 roupies et, si le revenu est supérieur, ledit *sarkar* aura ce qui est en plus. »

Comme on le voit, ce dispositif se rapporte au « revenu de ladite *pargana* dans le *darbar* de Punem », c'est-à-dire au revenu attribué à la *pargana* dans les registres de la chancellerie de Punem et non au revenu qui aurait été effectivement perçu dans la *pargana* par les Portugais et, ensuite, le même dispositif envisage deux hypothèses : ou bien les villages auraient été enregistrés au *darbar* de Punem comme ayant un revenu supérieur à 12.000 roupies, ou bien comme ayant un revenu inférieur. Si elles avaient été enregistrées comme ayant un revenu inférieur, il est expressément établi que « le *sarkar* remettra les villages qu'il a conservés », c'est-à-dire les six villages de la *pargana* qui, selon l'article 4 de l'accord, restaient pour le moment aux Mahrattes ; si le registre avait accusé qu'elles rendaient plus, c'est à l'État portugais qu'il aurait incombé de restituer aux Mahrattes les villages qui dépasseraient cette limite.

Il ne s'agit donc pas de restituer un revenu excédentaire, mais il s'agit, et c'est *fort* différent, de recevoir ou de restituer des villages suivant l'estimation qu'ils auraient au *darbar* de Punem. Or, comme on le sait, l'hypothèse qui se vérifia fut justement la première : le revenu des villages remis en 1783 n'atteignait pas la somme fixée, et les Mahrattes, fidèles à l'engagement pris à l'article 7 de l'accord, remirent aux Portugais, deux ans plus tard, les six villages qu'ils s'étaient réservés lors dudit accord.

L'article 7 de l'accord de 1783, que le Gouvernement de l'Inde juge si favorable à son point de vue, confirme simplement — comme nous venons de le voir — la thèse portugaise suivant laquelle la donation faite aux Portugais par le Traité de 1779 porte sur les villages eux-mêmes et non pas seulement sur leur revenu. Et l'on peut dire la même chose des autres articles de l'accord.

L'article 2, en stipulant la remise réciproque de fugitifs, suppose — comme on l'a déjà fait remarquer au paragraphe 108 de la réplique, sans que la duplique ait fourni de réponse satisfaisante — l'existence de deux souverainetés s'excluant mutuellement et interdisant toute espèce d'empiètement d'une des parties sur les domaines de l'autre.

L'article 3 — on l'a aussi déjà dit, sans qu'aucune réponse satisfaisante ait été donnée — suppose le plein pouvoir militaire de l'État portugais sur la *pargana*, quand il stipule qu'il appartient à celui-ci d'étouffer les révoltes qui pourraient s'y produire.

L'article 5, enfin, contient une disposition très importante qui exempte du paiement de droits dans les douanes mahrattes le « *jamé* de ravitaillement » et les autres redevances transportées de Nagar-Aveli à Damão, ce qui suppose, outre la pleine souveraineté sur Nagar-Aveli, un droit de transit entre la *pargana* et la circonscription de Damão-littoral.

L'accord effectué en 1785, à l'époque de la remise aux Portugais du village de Dadrá et des villages de Nagar-Aveli réservés par les Mahrattes deux années auparavant, est une preuve nouvelle, fort expressive, du caractère permanent et absolu de la concession, ainsi qu'on l'a déjà démontré dans les paragraphes 112 et 113 de la réplique.

Les droits et devoirs qu'il établit — la restitution de fugitifs, la répression de crimes, le respect de la liberté religieuse, le maintien de l'ordre public *manu militari*, etc. — dépassent tellement les droits et devoirs normaux des simples détenteurs d'un *saranjam* et suppose si fortement la souveraineté effective de l'État portugais sur les enclaves, que toute tentative de contester cette réalité est vaine.

La réplique portugaise clôt l'étude de la période mahratte par une sous-section consacrée aux « Relations luso-mahrattes après 1785 » (paragraphes 115 à 128).

On y a montré qu'à partir de 1783 et 1785 l'État portugais exerça toujours la pleine souveraineté sur les territoires de Nagar-Aveli et de Dadrá et que jamais cette souveraineté ne fut mise en doute par le Gouvernement de Punem. Seuls se produisirent quelques petits incidents avec les autorités locales, mais ils furent toujours réglés par le Gouvernement mahratte en faveur de l'État portugais et ils représentent donc, à bien regarder les choses, une confirmation de la pleine souveraineté portugaise sur les enclaves.

Les premiers de ces incidents sont relatifs au problème du recouvrement d'un impôt douanier dénommé *ramnagar zakat*, appelé aussi dans les documents de l'époque *droit de Gambirgar* ou *Gambirgodo* ou *chauri de Fatepor*.

L'histoire du problème, malgré les confusions faites à son sujet par la duplique indienne, est bien claire et peut se résumer en peu de mots: l'accord luso-mahratte de 1783 était exprès, dans son article 6, à réserver aux Mahrattes le recouvrement du *ramnagar zakat* dans les villages remis à l'État portugais. L'accord de 1785, qui vint le remplacer, ne faisait pas la même réserve, tout au moins ne la faisait-il pas expressément.

De là le différend: les Portugais entendaient que la réserve faite par les Mahrattes dans l'accord de 1783 était devenue caduque en 1785 et que les Mahrattes, en leur cédant à cette époque le *zakat* dit *zakat* de Nagar-Aveli, leur avaient cédé également le *zakat* dit *ramnagar zakat* perçu sur le même territoire. Les Mahrattes, au contraire, comprenaient que la concession de l'un n'entraînait pas celle de l'autre.

En 1787 déjà le problème avait été un objet de disputes entre Portugais et Mahrattes. C'est ce que révèlent nettement les documents des annexes nos 33 et 34 à la réplique: le premier publié en extrait, le second intégralement, mais avec omission — du fait d'un lapsus typographique — de la phrase finale et de la cote d'archives indiquant sa provenance

(« *Livro de Damão* » n° 4, feuillet 178). Le Gouvernement de l'Inde s'est donné le travail inutile de faire une nouvelle publication de ces deux documents aux annexes F n^{os} 43 et 44, mais comme on pourra le constater facilement, les extraits publiés par le Gouvernement portugais seuls intéressent vraiment la cause, et ce que les deux documents montrent sans aucun doute est que le problème du *ramnagar zakat* s'est posé aussitôt après la remise de Nagar-Aveli aux Portugais, puisqu'en 1787 déjà des négociations étaient entamées à Punem par l'intermédiaire de Narana Sinai Dumo pour sa résolution.

Comme ces négociations traînaient en longueur, les Portugais durent établir provisoirement en 1790 un premier *modus vivendi* avec les autorités mahrattes locales, ainsi que nous l'apprend l'annexe indienne C n° 24 : les Mahrattes percevraient en fait le *ramnagar zakat*, mais ils ne pourraient le recouvrer sans que le percepteur fût accompagné d'un représentant des autorités portugaises. Ceci constitue à l'évidence et sans autre explication possible une confirmation de la pleine souveraineté portugaise sur les enclaves.

Cependant, les négociations en cours à Punem arrivèrent à bon terme et, en 1791, le problème était résolu en faveur des Portugais. La réplique, au paragraphe 119 et aux annexes n^{os} 35 à 39, ne cite pas moins de 5 documents à cet égard.

La duplique indienne, au paragraphe 255, récuse la valeur probatoire de ces documents, sous prétexte que ce sont de simples traductions en langue portugaise, et elle va jusqu'à mettre en doute l'existence des originaux mahrattes de ces documents, accusant ainsi indirectement les autorités portugaises de l'époque d'avoir été des faussaires. En outre — et d'ailleurs contradictoirement — elle soutient que les documents furent obtenus par les Portugais par subornation, invoquant à ce sujet le document de l'annexe indienne F n° 45.

Comment le Gouvernement de l'Inde peut-il cependant douter de l'authenticité et de la fidélité de ces documents, alors que deux d'entre eux — ceux des annexes n^{os} 38 et 39 à la réplique — sont présentés par le Gouvernement portugais dûment accompagnés du texte mahratte, qui coïncide littéralement avec eux ? Et comment le Gouvernement de l'Inde peut-il alléguer que ces documents furent obtenus par subornation alors que l'un d'entre eux — le document de l'annexe n° 38 — est un document émané du *peshwa* lui-même ? Le souverain mahratte lui-même aurait-il été susceptible d'être suborné ?

Or la vérité, c'est que ce document, émané directement du *peshwa*, résout radicalement la question du *ramnagar zakat* ou *chauri de Fatepor* en faveur des Portugais. Le texte en langue mahratte que la duplique a publié à l'annexe F n° 46 est encore plus expressif dans ce sens que la traduction portugaise, puisque dans celui-ci le *peshwa*, s'adressant au fermier du *chauri de Fatepor*, lui dit expressément :

« que la *pargana* de Nagar-Aveli a été donnée dans son entier avec son *zakat* à l'État *frangee* par le *sarkar* ».

Et il ajoute :

« en conséquence dorénavant vous devez mettre fin à toutes les entraves au sujet du (recouvrement) de la part du *zakat* de Fatepor Chavadi ».

Comme on le voit, le problème était résolu à l'avantage des Portugais et la reconnaissance implicite de la souveraineté portugaise sur Nagar-Aveli ne pouvait être faite de façon plus complète ni plus expressive.

Cette question ainsi expressément réglée en 1791 en faveur des Portugais, par un ordre directement émané du Dominant mahratte, il devient manifeste que les autres incidents postérieurs à cette date, survenus entre le Gouvernement de Damão et les autorités mahrattes locales relativement au même problème, ne peuvent être envisagés que comme des actes d'indiscipline de fonctionnaires subalternes, sans la moindre signification par rapport à la question qui nous occupe.

Il est important cependant d'observer que l'un de ces incidents, survenu en 1798, obligea à une nouvelle intervention directe du Dominant mahratte, qui émit à cette époque un nouveau *sanad*, où il donnait des ordres péremptoirs à ses subalternes pour que le problème du *ramnagar zakat* fût définitivement considéré par eux comme résolu en faveur des Portugais. Ce document, daté du 11 janvier 1799, est celui qu'on trouve reproduit à l'annexe indienne C n° 28. Le Gouvernement portugais a attiré l'attention sur lui au paragraphé 120 de sa réplique, mais la duplique indienne a gardé le silence à cet égard.

Or, en réalité, le *peshwa*, dans ce document, après avoir critiqué ses subalternes de leur désobéissance aux ordres expressément donnés dans le *sanad* de 1791, renouvelle et confirme ce qui avait été établi dans ce *sanad* en disant :

« Vous devez agir conformément au *sanad* que vous avez reçu précédemment du *sarkar* et vous ne devez pas soulever de nouvelles objections. Le *firangee* doit être autorisé à percevoir la part de son *zakat*, comme il l'a fait, en installant un peon à Fattepur Naka. »

Comme on le voit, soit le *sanad* émis par le *peshwa* en 1791 (annexe n° 38 à la réplique et annexe indienne F n° 46), soit ce *sanad* de 1799 qui le confirme expressément (annexe indienne C n° 28) émanent directement de l'autorité suprême du royaume mahratte. Ce sont des documents qui ne peuvent être minimisés sous prétexte qu'ils auraient été obtenus par subornation ou que ce seraient de simples *destaks* ou permissions *ad hoc*. Ce sont des ordres donnés par le *peshwa* lui-même en termes clairs, péremptoirs et décisifs, pour mettre fin aux questions soulevées par le problème du *ramnagar zakat* et interdire à ce sujet toute espèce d'abus contre l'exercice de la pleine souveraineté portugaise sur Nagar-Aveli.

Les incidents référés aux paragraphes 257 et 266 de la duplique et les faits relatés dans les documents publiés aux annexes indiennes F n°s 47 et 49, ayant été de simples désobéissances des autorités mahrattes locales aux ordres exprès du souverain, n'ont de ce fait pas à être appréciés ici.

Mais ce qui, par contre, mérite une brève mention, c'est un autre incident survenu en 1798 et auquel se rapportent les documents des annexes n°s 9, 10, 11, 12 et 13 du mémoire portugais et de l'annexe indienne C n° 29.

Cet incident, comme la réplique portugaise, au paragraphé 121, l'explique fort clairement, n'a rien à voir avec celui survenu à la même date au sujet du *ramnagar zakat*, mais le Gouvernement indien, aux paragraphes 259 et 264 de la duplique — comme d'ailleurs cela est déjà arrivé au paragraphé 102 du contre-mémoire — les a examinés ensemble, au grand dam de la clarté du problème.

Il s'agit d'un incident qui fut le résultat d'une équivoque, et la façon dont il fut résolu prouve indubitablement la souveraineté portugaise sur Nagar-Aveli.

Le Gouvernement mahratte, du fait de difficultés d'ordre financier, ordonna la perception anticipée des revenus d'une année sur tous ses territoires. Un chef local (le chef du *Bagavara*) résolut de profiter de l'occasion pour installer abusivement une garde à Dadrá et y effectuer des recouvrements. Aussitôt la réclamation présentée à Punem, un ordre fut expédié par le Gouvernement central aux autorités mahrattes locales pour préciser que « ledit recouvrement ne comprend pas l'État portugais » et pour ordonner le retrait de la garde abusivement installée à Dadrá, « en restituant ce qui a été perçu sur l'intervention de cette garde ».

Un autre ordre, d'ailleurs, fut émis à la même occasion, adressé au *subhadar* de Baçaim et reproduit à l'annexe indienne C n° 29. Outre qu'il confirmait entièrement les dispositions du document que nous venons de citer, cette pièce a l'avantage de noter expressément que: « aucune nouvelle difficulté ne doit être soulevée et vous devez vous conduire conformément au traité ». Ce traité est celui qui, d'après la thèse indienne, n'a jamais existé, mais que, comme on le voit, les documents mahrattes continuent, presque vingt ans plus tard, de faire respecter, en interdisant que la souveraineté portugaise sur les enclaves, acquise sous son couvert, soit troublée.

[Audience publique du 25 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en s'engageant dans un autre ordre de considérations, la duplique indienne, aux paragraphes 237 à 245 — comme déjà antérieurement le contre-mémoire au paragraphe 96 — s'efforce de tirer parti, en faveur de sa thèse, des documents de comptabilité publiés aux annexes indiennes C nos 19, 20 et 21. Le fait que les revenus de la *pargana* de Nagar-Aveli apparaissent là sous la rubrique « dépenses des affaires étrangères concernant les Portugais de Goa » signifierait que la *pargana* n'aurait pas été cédée en pleine souveraineté.

Le Gouvernement portugais a déjà expliqué au paragraphe 122 de la réplique que ces documents doivent être entendus à la lumière des critères financiers de l'époque et qu'ils ne diminuent alors en rien la valeur de la concession faite par les Mahrattes aux Portugais. Il faut tenir compte que, dans l'empire mahratte, comme chez beaucoup d'autres peuples d'organisation de type féodal, il n'existait pas de recouvrement direct des revenus ou des impôts; ce recouvrement était confié à certains individus (fermiers) sous la forme juridique de fermage. Le transfert des villages de Nagar-Aveli à la domination portugaise obligea donc à faire figurer dans les comptes une déduction pour servir de garantie aux fermiers, aux *subhadars* eux-mêmes et à leurs subordonnés.

Le second document de l'annexe indienne C n° 20, par exemple, explique que, l'année même de la remise de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais, le *zakat* de tout le *taluka* (ou district) de Baçaim — dont ces parcelles étaient alors retirées — avait été donné en fermage pour 15.000 roupies à Sadashiv Gajare Shet, et que cet individu, à son tour, avait sous-affermé le revenu du *zakat* de Nagar-Aveli à Bapugi Waman Nene, pour une période de cinq ans et pour le montant de 1.500 roupies. Or, pour sauvegarder la responsabilité de ceux-ci et d'autres fermiers, ainsi

que celle des administrateurs officiels du *taluka* (ou district), il avait fallu déduire, dans les écritures comptables mahrattes, les revenus des territoires aliénés.

La duplique, aux paragraphes 268 à 272 — comme le contre-mémoire déjà aux paragraphes 104 et 105 — essaie de trouver un dernier point d'appui dans deux documents se rapportant à une tentative frustrée de faire rentrer Nagar-Aveli sous la souveraineté mahratte : les documents des annexes indiennes C n^{os} 30 et 31.

Le manque total de valeur et l'absence de signification de ces deux documents ont déjà été expliqués au paragraphe 123 de la réplique, et la duplique n'a pas apporté d'éléments nouveaux dans l'appréciation du problème. En ce qui concerne le premier — qui est une soi-disant représentation des *zamindars* et des cultivateurs de Nagar-Aveli au Dominant mahratte —, reste toujours à prendre en considération, outre son caractère suspect, le fait qu'il n'ait été l'objet d'aucune espèce d'attention de la part du Gouvernement de Punem. Au sujet du second, qui est un présumé *memorandum* de 1817, reste toujours intact le fait que c'est un document anonyme, dont on ne sait ni de qui il vient ni où il va, qui ne contient aucun sceau, aucune signature, pas même un nom, capables de lui conférer un minimum de crédit. Il suffit de confronter la présentation diplomatique de ce document avec celui de tous les autres documents mahrattes produits par le Gouvernement de l'Inde dans les annexes C, E et F, pour constater que nous ne sommes pas en présence d'un document officiel, mais d'une note particulière, écrite on ne sait par qui ni dans quelles conditions. Ce document ne peut en aucune façon être envisagé comme l'expression d'une position prise par le Gouvernement de Punem.

Comme on le voit, les faits allégués au contre-mémoire et à la duplique au sujet des relations luso-mahrattes postérieurement à la remise des enclaves à l'État portugais ne favorisent en rien la thèse indienne : ou il s'agit de faits sans signification, comme ceux que nous venons de mentionner, ou de faits qui se traduisent en preuves de valeur incontestable en faveur de la souveraineté portugaise, comme c'est le cas des incidents relatifs au *ramnagar zakat*, ou celui de la garde mahratte postée abusivement à Dadrá, ou encore le cas de la documentation comptable mahratte.

Mais, indépendamment de ceci — comme le démontre, aux paragraphes 124 à 127, notre réplique — il y a de nombreux exemples de l'exercice effectif de pouvoirs souverains sur les enclaves de la part de l'État portugais au cours de cette période.

Tout d'abord, le Gouvernement administratif de la *pargana* appartenait à l'État portugais. Les documents des annexes n^{os} 40, 41 et 42 à la réplique montrent vraiment que l'État portugais, tout en ayant respecté le régime traditionnel de la transmission héréditaire des charges parmi les chefs locaux (*patels*), les considérait comme de véritables agents de l'administration portugaise et n'hésitait pas à les remplacer quand ils se montraient indignes de leurs fonctions. Comme agents de l'administration portugaise, ces fonctionnaires exécutaient les ordres du Gouvernement, collaboraient avec les autorités portugaises dans l'administration de la *pargana* et recevaient la protection nécessaire au prestige de leur charge.

À l'État portugais appartenaient également les pleins pouvoirs militaires dans la *pargana* de Nagar-Aveli. Les documents n^{os} 42 et 43 des

annexes à la réplique montrent non seulement que les Portugais déplaçaient librement des troupes entre Damão-littoral et les enclaves toutes les fois que les circonstances l'exigeaient, mais aussi qu'ils y recrutèrent des hommes pour la défense de celles-ci, ce qui n'est évidemment compatible qu'avec un droit de pleine souveraineté.

A l'État portugais, pour finir, appartenait, comme le prouvent les documents n^{os} 42, 44 et 45 des annexes à la réplique, l'administration de la justice, la répression des criminels, la concession d'amnisties et de grâces, etc.

Les faits que nous achevons de signaler sont tellement évidents que la duplique, dans ses paragraphes 273 à 275, n'a trouvé aucune manière de les contester sinon par deux moyens indirects: celui de considérer cet exercice de pouvoirs souverains effectif comme une simple usurpation de souveraineté de la part de l'État portugais, et celui d'accuser le Gouvernement portugais d'avoir omis, dans la publication des annexes n^{os} 42, 43 et 44 à la réplique, quelques passages relatifs à un incident provoqué par une lettre menaçante du général de Baçaim aux autorités portugaises à propos de la capture de voleurs dans la *pargana*.

En lisant cependant les documents mentionnés, actuellement publiés dans leur intégralité aux annexes indiennes F n^{os} 50, 51 et 52, on a la surprise de constater que l'incident auquel la duplique se réfère apparaît mentionné en deux endroits différents dans le document de l'annexe n^o 43 à la réplique, tel que le Gouvernement portugais l'a publié, sans avoir eu, donc, aucun dessein de le dissimuler.

On sait, du reste, quel fut le résultat dudit incident, car les documents mentionnés sont fort clairs à son sujet: le gouverneur de Damão resta ferme en face des menaces: il renforça la garnison militaire de Nagar-Aveli; il fit recruter sur place par les *patels* une petite armée autochtone; il ne consentit pas à ce que les Mahrattes poursuivissent les voleurs sur le sol de la *pargana*; il fit arrêter lui-même et juger les suspects de vol, et les capitaines mahrattes finirent par faire des excuses et par déclarer que toutes les menaces étaient fausses. Pourrait-il y avoir une preuve plus décisive de la souveraineté portugaise sur la *pargana*?

L'autre argument indien — qui qualifie de pure usurpation l'exercice effectif de pouvoirs souverains à Dadrá et à Nagar-Aveli de la part des Portugais — n'a pas davantage de valeur. S'il s'était agi d'une usurpation, comment comprendrait-on que cette usurpation ait pu être consentie par le Gouvernement de Punem pendant 35 ans, sans une protestation, sans une réaction, ou sans qu'il profitât de ce droit de révocation *ad libitum* de la concession des enclaves aux Portugais, qui, d'après les affirmations du Gouvernement de l'Inde, lui aurait appartenu? S'il s'était agi d'une usurpation, comment comprendrait-on que le Gouvernement de Punem, lors des incidents survenus entre les autorités locales portugaises et mahrattes, ait toujours pris le parti de l'État portugais, blâmant les fonctionnaires mahrattes pour leurs attitudes et reconnaissant, directement ou indirectement, la souveraineté portugaise sur les enclaves?

L'exercice pacifique de pouvoirs souverains sur les enclaves par l'État portugais, pendant toute la période qui va de leur remise effective en 1783-1785 à la fin de l'empire mahratte en 1818, est ainsi une preuve décisive, à ajouter à tant d'autres, que la concession de ces enclaves avait été faite aux Portugais en pleine souveraineté.

Voici venu le moment de formuler les conclusions qui découlent de tout l'exposé pour l'appréciation de l'unique problème qui nous intéresse

véritablement ici : le problème du droit de passage entre Damão-littoral et les enclaves.

Ces conclusions sont, en fin de compte, les mêmes que celles déjà présentées au paragraphe 352 de la réplique :

1° L'existence d'un véritable traité entre Portugais et Mahrattes conclu en 1779 ne peut, ni historiquement, ni juridiquement, être mis en doute.

2° Ce fut par ce traité que fut convenu le transfert, à l'État portugais, de villages mahrattes d'un revenu de 12.000 roupies et les *sanaads* mahrattes, qui nommèrent ces villages en 1783 et 1785, furent délivrés par le Gouvernement de Punem expressément en exécution du traité.

3° La concession impliqua le transfert des villages à la souveraineté portugaise.

C'est la démonstration de ce dernier point qui nous a obligés à demander à la Cour de nous prêter le plus longtemps sa bienveillante attention, car ce fut sur ce point aussi que porta fondamentalement la critique de la Partie adverse dans son contre-mémoire et dans sa duplique.

Mais nous voulons insister sur notre point de vue, à savoir que ce problème ne présente aucune importance pour le présent litige et qu'il n'est pas nécessaire de prendre position à son égard pour se prononcer sur la base conventionnelle de notre droit de passage entre Damão-littoral et les enclaves.

En effet, même si l'on devait accepter la thèse indienne suivant laquelle la souveraineté portugaise sur les enclaves n'aurait été obtenue que par prescription ou longue occupation, il faudrait toujours entendre qu'à la base de cette prescription ou longue occupation, il y a le Traité de 1779 ; il faudrait toujours entendre que ce traité, en fondant l'occupation effective des enclaves par les Portugais, a implicitement légitimé le droit de passage nécessaire à cette occupation.

La base conventionnelle du droit aujourd'hui réclamé par le Gouvernement portugais ne peut donc être mise en doute à bon droit. Cette base conventionnelle du droit de passage entre Damão-littoral et les enclaves trouve encore un très important point d'appui dans les accords luso-mahrattes de 1783 et 1785, conclus au moment de la remise effective de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais.

L'accord de 1783 stipulait expressément que « tout le *jamé* pour le ravitaillement de ladite *pargana* Nagar-Aveli ainsi que les autres redevances en nature seront francs des droits de la même *pargana* » (article 5), et ceci suppose, évidemment, que les Portugais avaient le droit d'aller de Damão-littoral à ces enclaves et *vice versa*, pour transporter à Damão les marchandises destinées à son ravitaillement et les autres denrées perçues sur celles-ci à titre d'impôt.

En outre, aussi bien dans l'accord de 1783 que dans celui de 1785, ont été établis des droits et des obligations qui seraient incompréhensibles sans la présence effective des Portugais à Dadrá et à Nagar-Aveli et qui, donc, supposent eux aussi un droit de passage par le territoire qui sépare ces enclaves et Damão-littoral. Le plus expressif de ces droits-obligations est celui d'après lequel l'ordre public dans la *pargana* devait être maintenu et les tentatives de rébellion qui s'y seraient produites réprimées, ce qui suppose — évidemment — un droit de passage de troupes et d'armes, de Damão aux enclaves et *vice versa*.

Le droit de passage du Portugal, outre le fait qu'il se base directement sur le texte du Traité de 1779 et des accords complémentaires de 1783 et 1785, trouve encore dans la coutume locale un large appui; cette coutume locale commença à se former dès le premier moment de la période mahratte; elle se consolida et se manifesta pendant toute sa durée, de la même manière qu'elle devait continuer à se manifester tout au long de la période britannique et de la période post-britannique.

De nombreux faits témoignent que le transit entre Damão-littoral et les enclaves — soit le transit de marchandises, soit le transit de personnes, soit le transit de troupes et d'armes — a toujours été constaté dès la remise des enclaves à l'État portugais et qu'il fut toujours accompagné de la conviction de sa nécessité (*opinio juris vel necessitatis*), tant de la part des Portugais que de la part des Mahrattes.

Relativement au transit des marchandises, les ordres mahrattes exemptant de droits douaniers les marchandises transportées de Nagar-Aveli à Damão — et que le Gouvernement portugais a fait reproduire aux annexes n^{os} 46, 47, 48 et 49 à la réplique et aux annexes n^{os} 19 et 20 au mémoire — sont particulièrement expressifs. Deux de ces ordres sont des *sanads* directement émis par le *peshwa* mahratte en 1784 et en 1799 (annexe n^o 46 à la réplique et annexe n^o 19 au mémoire) et ils revêtent une importance exceptionnelle comme expression d'un droit de passage appuyé sur une coutume locale.

Le Gouvernement de l'Inde, dans le paragraphe 265 de la duplique — comme déjà auparavant aux paragraphes 109 et 115 du contre-mémoire —, défend la thèse que ces documents ne comportent pas d'exemptions de caractère général et permanent, mais au contraire ne possèdent que la nature de simples « *destaks* » ou « permissions *ad hoc* ». Mais il fait reproduire à l'annexe F n^o 48 différents exemples de ces « permissions *ad hoc* » ou « *destaks* » tels qu'ils étaient couramment expédiés à l'époque, et il produit ainsi la preuve la plus complète qu'il soit possible de présenter contre sa thèse.

Il saute en effet aux yeux, pour qui lit l'annexe indienne F n^o 48; que lesdits « *destaks* » ou « permissions *ad hoc* » sont des autorisations données en faveur d'une certaine personne bien déterminée, afin que, pour une seule fois, en vue d'un certain voyage bien déterminé, cette personne puisse se faire accompagner d'un certain nombre bien déterminé de personnes ou d'une certaine quantité bien déterminée de marchandises. Dans les deux *sanads* de 1784 et 1799, invoqués par le Gouvernement portugais, tout se passe de manière fort différente; le Dominant mahratte lui-même donne un ordre général, sans limite de temps, sans spécification de personnes, sans limitation de quantités, aux fonctionnaires mahrattes, de laisser passer librement par voie terrestre ou fluviale, sans perception de droits douaniers, toutes les marchandises (et non seulement celles résultant de la perception d'impôts) que les Portugais voudraient transporter de Nagar-Aveli à Damão.

L'intérêt juridique que ces documents possèdent, pour le procès en cause, ne dérive cependant pas de l'exemption douanière en elle-même qu'on trouve ici concédée, mais bien du fait qu'en réglant un certain aspect du droit de passage — exemption d'impôts douaniers sur des marchandises en transit — elle donne comme supposée ou implicite l'existence du droit de passage lui-même, sous la forme d'une pratique ou d'une coutume locale ne pouvant souffrir ni doute ni discussion, c'est-à-dire acceptée avec la conviction de sa nécessité (*opinio juris vel necessitatis*).

Ces documents, en réalité, ne sont pas destinés à autoriser les Portugais à passer par le territoire mahratte, ils enregistrent le fait en lui-même que les Portugais passaient et transportaient avec eux les marchandises qu'ils voulaient; ils acceptent ce fait comme un véritable droit imposé par les circonstances et ils se bornent à régler un aspect de ce droit, celui de l'exemption de droits douaniers des marchandises en transit.

Au sujet du transit de troupes et d'armes, les documents ne manquent pas non plus qui prouvent l'existence d'une coutume locale unanimement acceptée et reconnue par les Portugais et les Mahrattes comme un véritable droit, imposé par les circonstances. Tel est le cas des documents invoqués au paragraphe 20 du mémoire portugais et publiés aux annexes correspondantes n^{os} 9, 10, 11, 12 et 13. Et tel est encore le cas des documents invoqués au paragraphe 126 de la réplique et publiés aux annexes correspondantes n^{os} 42 et 43. Le premier de ces deux derniers documents offre un intérêt particulier, car il se rapporte au fait que le Portugal a envoyé aux enclaves, non seulement un détachement de troupes mais l'armement destiné aux soldats recrutés sur la *pargana* elle-même.

L'existence enfin d'une coutume locale accompagnée de l'*opinio juris vel necessitatis* se rapportant au transit de personnes et d'autorités administratives est également hors de doute. Il suffit de rappeler les faits présentés aux paragraphes 125 et 127 de la réplique et les documents qui y sont invoqués; ils révèlent la présence continue des autorités portugaises sur les enclaves, non seulement pour percevoir des impôts, mais pour y exercer effectivement de véritables pouvoirs souverains, d'ordre administratif, de répression des criminels, de l'administration de la justice, etc.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'intervention dont je fus chargé relativement aux faits appartenant à la période mahratte est terminée, mais je ne veux pas m'arrêter sans vous avoir présenté mes excuses d'avoir, contre mon gré, été si long et sans vous adresser l'expression de ma respectueuse reconnaissance pour la bienveillante attention dont vous m'avez honoré. Et je vous prie, Monsieur le Président, de bien vouloir donner maintenant la parole à mon collègue le professeur da Silva Cunha.

4. PLAIDOIRIE DE M. DA SILVA CUNHA

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 25 SEPTEMBRE 1959

[Audience publique du 25 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

C'est la première fois que j'ai l'honneur de parler devant cette haute instance. Qu'il me soit permis de présenter à tous ses membres mes hommages et l'expression de mes sentiments de profond respect.

J'ai été chargé d'ajouter aux plaidoiries précédentes quelques considérations concernant le titre conventionnel qui constitue l'un des fondements de la demande portugaise.

Ce titre conventionnel est formé par le Traité de Punem de 1779 qui transféra la souveraineté des enclaves de l'État mahratte au Portugal.

Dans les écritures portugaises et dans l'exposé précédent, les problèmes essentiels qui pouvaient être soulevés à cet égard ont été suffisamment éclaircis.

Il n'y a plus maintenant qu'à revenir sur eux pour renforcer et développer, à l'aide d'arguments extraits de la jurisprudence et de la doctrine, ce qui a été dit.

Le premier point sur lequel nous attirons respectueusement l'attention de la Cour est celui du transfert de la souveraineté.

Je ne me rapporterai à cette question que pour renforcer les conclusions auxquelles nous sommes déjà parvenus.

Comme on l'a montré dans les écritures portugaises et dans l'exposé oral précédent, et comme cela ressort également des écritures de nos estimés contradicteurs, aucune des versions originales du Traité de 1779 (version portugaise du 4 mai, version mahratte du 17 décembre) ne contient une seule référence expresse au *jagir*, ni au *saranjam*.

Le terme *jagir* n'apparaît que dans la version mahratte de l'original portugais, pour traduire le terme portugais *contribuição* (contribution).

Or, indépendamment du fait que, comme on l'a abondamment prouvé, cette institution n'a pas toujours eu le caractère que prétend lui attribuer le Gouvernement indien, la circonstance qu'elle n'est citée dans aucune des versions originales du traité invalide l'interprétation défendue par la Partie adverse.

En réalité, il est admis que l'interprétation des traités doit toujours partir des textes originaux acceptés par les parties.

Les traductions postérieures et unilatérales pourront avoir une valeur, en tant que moyens auxiliaires dont disposera l'interprète dans sa recherche de l'intention commune des parties.

Mais elles ne pourront jamais légitimer que l'on attribue à un traité un sens complètement différent de celui qui résulte du texte ou des textes originaux.

Il est donc évident que, dans le cas actuellement soumis à l'attention de la Cour, l'interprète doit considérer en première ligne les textes originaux portugais et mahratte.

Comme on l'a montré dans les écritures portugaises et dans la plaidoirie précédente, les termes *jagir* et *saranjam* ne sont employés dans aucun d'eux et le texte mahratte est précis quant au transfert des villages.

Le texte portugais est peut-être en apparence moins clair, mais on a déjà prouvé dans les écritures et dans l'exposé précédent que, pour l'essentiel, les deux textes coïncident.

Mais, même s'il n'en était pas ainsi — ce qui doit être repoussé puisque cette coïncidence a été déjà démontrée — le texte original mahratte serait celui auquel on devrait recourir d'abord pour définir le contenu des obligations assumées par l'État mahratte.

En réalité, comme le dit Oppenheim :

« A moins qu'on établisse expressément le contraire, si un traité est conclu en deux langues et s'il y a une divergence entre le sens des deux textes, chaque partie n'est liée que par le texte rédigé dans sa propre langue. De plus, une partie ne peut invoquer à son bénéfice le texte rédigé dans la langue de l'autre partie. » (*International Law*, 8^{me} édition, par sir Hersch Lauterpacht, vol. I, p. 956.)

Cet argument est avancé uniquement *ex abundanti* puisque, répétons-le, les deux textes originaux du traité sont identiques en substance et qu'il résulte sans équivoque de ce traité que les villages ont été transférés au Portugal. En outre, comme on l'a montré, il ressort clairement de l'analyse de l'histoire des périodes mahratte, britannique et post-britannique que, à partir de la conclusion du traité et de la subséquente remise des villages, le Portugal agit par rapport aux enclaves comme véritable souverain avec la reconnaissance de cette qualité successivement par les Mahrattes, les Britanniques et les Indiens.

C'est-à-dire: les Mahrattes exécutèrent le traité en tant que transfert de la souveraineté résultant, sans conteste, de lui. Les Britanniques suivirent la même ligne de conduite. Les Indiens eux-mêmes, à leur tour, agirent de même jusqu'au procès actuel.

C'est seulement au cours de celui-ci que, pour la première fois dans l'histoire, il est nié que notre souveraineté sur les enclaves ait cette origine.

Tout ce qui a été exposé relativement à l'acquisition par le Portugal de la souveraineté sur les enclaves, en vertu du troisième Traité de Punem, se renforce donc des arguments qu'on tire de la manière dont le traité a été exécuté.

La valeur de ces arguments pour la détermination de l'intention commune des parties ne peut être contestée: elle est unanimement acceptée par la jurisprudence des tribunaux internationaux et par la doctrine.

Je citerai dans la jurisprudence, comme particulièrement expressifs à cet égard, les avis consultatifs de la Cour permanente de Justice internationale sur l'*Organisation internationale du Travail et les conditions de travail dans l'agriculture* (Série B, nos 2 et 3, pp. 38 à 40) et sur la *Compétence des tribunaux de Dantzig* (Série B, n° 15, pp. 17 et 18). De la Cour internationale de Justice, je citerai l'avis consultatif du 11 juillet 1950 sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (C.I.J. Recueil 1950, pp. 135 et 136).

En doctrine, la valeur de la conduite ultérieure des parties comme élément pour déterminer le sens du traité est aussi reconnue, par exemple, par sir Hersch Lauterpacht (*The Development of International Law by*

the International Court, Londres, 1958, p. 170) et par notre éminent contradicteur le professeur Guggenheim qui, sur cette question, écrit :

« La commune intention des parties doit être recherchée dans le texte de l'accord lui-même, en prenant en considération la manière dont ce dernier a été appliqué. » (*Traité de droit international public*, tome I, p. 133.)

Une fois faites ces observations relativement à l'acquisition par le Portugal de la souveraineté sur les enclaves, arrivons-en à considérer la question du droit de passage revendiqué par le Portugal.

Les termes dans lesquels cette revendication est formulée ont été énoncés sans équivoque, à plusieurs reprises, dans la requête, dans le mémoire, dans la réplique et dans les précédentes plaidoiries.

Nous voulons purement et simplement que le droit de passage soit reconnu, la souveraineté de l'Union sur les territoires par lesquels le passage s'effectue étant maintenue intacte avec, comme unique limitation pour son exercice, celle qui résulte de l'obligation de concéder le passage.

Les titres sur lesquels se fonde le droit du Portugal au passage et l'obligation de la Partie adverse de le concéder sont les principes généraux de droit, la coutume générale et locale et le traité.

C'est seulement de ce dernier que je vais m'occuper.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la Partie adverse s'acharne à nier la consécration du droit de passage aux enclaves par le troisième Traité de Punem, sous prétexte que la lettre du traité n'y fait pas une référence expresse.

On a déjà suffisamment expliqué dans les écritures portugaises et dans la plaidoirie précédente que le traité n'avait pas à le faire. En effet, ne spécifiant pas les villages à transférer au Portugal, il ne pouvait mentionner expressément un droit de passage qui, si les villages fixés par la suite avaient été contigus au territoire de Damão-littoral, se serait trouvé privé de toute signification.

Ce qu'on ne peut cependant nier, c'est qu'un transfert de souveraineté sur ces villages s'étant opéré en vertu du traité, les pouvoirs nécessaires pour que la souveraineté du Portugal pût s'exercer sur eux en toute plénitude se constituèrent implicitement.

D'où l'on doit conclure que si, comme cela arriva, les villages, remis en accomplissement du traité, n'étaient pas contigus à Damão-littoral, le droit d'y accéder en passant par le territoire limitrophe devait nécessairement être compris dans les pouvoirs conférés au Portugal puisque, dans cette hypothèse, ce droit était une des conditions nécessaires de l'exercice de sa souveraineté.

Le Traité de 1779 était donc, au moins partiellement, une norme en blanc dont le contenu, en ce qui concerne la détermination des territoires constituant l'objet du transfert, ne devait se compléter que par l'acte de désignation des villages, qui en serait la concrétisation.

Cette interprétation, c'est-à-dire l'interprétation d'après laquelle le traité comprend l'attribution au Portugal du droit de passage, condition nécessaire à l'exercice de la souveraineté sur les villages cédés en vertu de sa conclusion, est celle qui découle des principes de la théorie de l'interprétation des traités, générale et universellement acceptée.

La première règle qui peut être invoquée est que l'interprétation des traités doit viser à la détermination de l'intention commune des Parties selon le principe de la bonne foi.

Formulée par Grotius (*De juri belli ac pacis*, livre II, chapitre XVI, paragraphe I, I), cette règle, qui dérive directement du principe *pacis sunt servanda*, a été acceptée presque unanimement par ses continuateurs et reste fondamentale dans la jurisprudence et dans la doctrine modernes.

Dans la jurisprudence on peut citer, en ce qui concerne celle de la Cour permanente de Justice internationale, l'arrêt rendu dans l'affaire du vapeur « Wimbledon » (Série A, n° 1, p. 23), l'arrêt rendu dans l'affaire de l'usine de Chorzów (Série A, n° 9, pp. 23 et 24), l'avis consultatif relatif à la compétence des tribunaux de Dantzig (Série B, n° 15, pp. 17-18), l'arrêt au sujet de l'interprétation du statut du territoire de Memel et l'arrêt rendu sur le cas de l'université Peter Pázmány, etc.

Pour la doctrine on pourrait citer de nombreux auteurs. Pour ne pas abuser de l'attention de la Cour, je réduirai au minimum ces citations et, pour ce faire, je me référerai seulement aux opinions d'Oppenheim et de Charles Rousseau. Le premier affirme :

« Tous les traités doivent être interprétés de manière à exclure la fraude, et de manière à rendre leur exécution compatible avec la bonne foi » (ouvrage cité, p. 956),

et le second :

« L'un des principes fondamentaux qui domine l'interprétation des traités comme d'ailleurs leur application, est le principe de la bonne foi, qui exige la recherche de ce que les Parties ont vraiment voulu dire... » (*Principes généraux du droit international public*, volume I, p. 679.)

La pertinence de l'invocation de cette règle dans le cas *sub judice* est patente. Comme on l'a montré, en effet, le Traité de 1779 a transféré la souveraineté sur les enclaves. En conséquence, la bonne foi ne permet pas qu'on considère comme exclues de la stipulation les facultés qui constituent la condition *sine qua non* de l'effectuation des pouvoirs souverains, et que, donc, on considère comme exclu le droit de passage puisqu'on ne peut accéder aux villages remis sans passer par le territoire du cédant.

A l'appui de cette règle, il est facile d'en invoquer d'autres qui peuvent être considérées comme en dérivant. La règle, par exemple, d'après laquelle les traités ne peuvent être interprétés de manière à ce que leur effet utile soit annulé.

Il est évident que, si l'on considère que le droit de passage n'a pas été compris dans le Traité de Punem, l'effet utile du transfert de la souveraineté ne jouera pas puisqu'on ne pourrait exercer cette souveraineté. Le transfert donc aurait été, dans la pratique, inopérant.

L'importance de cette règle est indiscutable. Aussi la jurisprudence lui a-t-elle donné une consécration étendue et sans équivoque, comme on peut le voir dans les avis consultatifs et dans les arrêts suivants de la Cour permanente de Justice internationale : *Acquisition de la nationalité polonaise* (Série B, n° 7, pp. 16-17) ; *Échange des populations grecques et turques* (Série B, n° 10, p. 25) ; *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer le travail personnel du patron* (Série B, n° 13,

pp. 18 et 19); *Commission européenne du Danube* (Série B, n° 14, p. 27); *Écoles minoritaires en Albanie* (Série A/B, n° 64, p. 20).

La même règle est admise également en doctrine. C'est ainsi que le juge Lauterpacht écrit :

« L'activité de la Cour internationale a montré qu'à côté du principe fondamental de l'interprétation, c'est-à-dire veiller à donner effet aux volontés des parties, il y a un autre principe d'une importance à peine inférieure, sinon égale, et dont l'emploi peut s'avérer utile, à savoir, celui qui veut que le traité soit efficace plutôt que le contraire » (ouvrage cité, p. 227);

et du même auteur :

« Il se peut qu'il n'y ait ni un modèle précis et clair, ni règle pratique pour guider le juge dans sa recherche de l'efficacité, à ceci près, peut-être, que le précepte *ut res magis valeat quam pereat* est une règle de la bonne foi et, à ce titre, doit être appliqué. » (*Ibidem*, p. 230.)

Le règle de la bonne foi et le principe de l'effet utile qui viennent d'être invoqués, ainsi que tout ce qui a été dit antérieurement, seraient suffisants pour fonder la thèse portugaise.

Mais on peut invoquer encore en sa faveur d'autres arguments tirés de la pratique jurisprudentielle et de la théorie.

On peut invoquer ainsi entre autres: la règle suivant laquelle toute interprétation qui mène à l'absurde ou conduit à attribuer au traité des effets déraisonnables ne doit pas être acceptée; le principe suivant lequel on ne peut manquer de considérer comme voulues par les parties toutes les conséquences qui se déduisent de manière concluante du traité, même si elles ne sont pas expressément contenues dans sa lettre, et encore, la règle suivant laquelle les traités doivent être interprétés en harmonie avec le but ou la fonction que les parties leur ont attribué.

L'importance de ces règles pour l'interprétation du Traité de Punem est fort claire.

Si l'on ne considérait pas que le droit de passage avait été concédé par le traité, on arriverait à une conclusion absurde (et donc à rejeter), car il faudrait admettre qu'on aurait pu opérer le transfert de la souveraineté pour immédiatement rendre celle-ci inutile, puisque la souveraineté sans le droit de passage, il est évident, ne pourrait s'exercer.

Il est évident aussi, et ceci ressortit au second principe invoqué, que si, comme on l'a démontré, par le Traité de Punem les Mahrattes ont transféré au Portugal la souveraineté sur les villages, ils ont dû aussi lui attribuer les pouvoirs nécessaires pour l'exercice effectif de cette souveraineté.

Étant donné la circonstance connue que les villages transférés n'étaient pas contigus à Damão-littoral, le pouvoir de traverser le territoire mahratte, c'est-à-dire le droit de passage, se trouvait nécessairement parmi ces pouvoirs. C'est ce que, de manière concluante, on peut déduire du texte du traité.

Enfin, si le but du traité était le transfert de la souveraineté, si le passage était la condition de l'exercice de celle-ci, la reconnaissance du droit de passage, comme compris dans le traité, est imposée par le but ou la fonction que les parties avaient voulu attribuer à ce traité.

La pertinence des règles citées pour fonder la thèse du Portugal se trouve ainsi démontrée, et l'on ne peut contester leur validité ni dans la jurisprudence ni dans la doctrine.

Relativement à la première règle, celle qui rejette l'interprétation conduisant à l'absurde, nous la trouvons consacrée, par exemple, dans l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale sur le *Service postal polonais à Dantzig* (Série B, n° 11, p. 39) et dans l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies* (*Recueil 1950*, p. 8).

En doctrine nous voyons cette thèse défendue entre autres par Oppenheim (ouvrage cité, pp. 952-953), Rousseau (ouvrage cité, I, p. 704) et Sørensen (*Les sources du droit international*, p. 233).

Le principe selon lequel on doit considérer comme voulues par les Parties les conséquences qui se déduisent d'une manière concluante du texte, même si elles ne sont pas expressément mentionnées dans sa lettre, a lui aussi été formulé par la jurisprudence internationale et par la doctrine. Les arrêts et les avis consultatifs suivants s'y réfèrent :

- De la Cour permanente de Justice internationale: *Commission européenne du Danube* (Série B, n° 14, pp. 64-67); *Colons d'origine allemande, dans les territoires cédés par l'Allemagne à la Pologne* (Série B, n° 6, pp. 25-26); *Affaire de l'usine de Chorzów* (Série A, n° 9, p. 23).
- De la Cour internationale de Justice: *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (avis consultatif du 11 avril 1949, *Recueil*, p. 182).

On peut citer pour la doctrine entre autres Ehrlich (*L'interprétation des traités, Recueil des cours*, vol. 24, p. 84), Schwarzenberger (*International Law*, troisième édition, vol. I, pp. 513 et 521) et Sergio Neri (*Sull' Interpretazione Dei Trattati Nel Diritto Internazionale*, p. 291).

En dernier lieu, le principe selon lequel les traités doivent être interprétés en harmonie avec le but ou la fonction que les Parties ont voulu leur attribuer a été utilisé par la Cour permanente de Justice internationale dans l'arrêt rendu dans l'*Affaire de l'usine de Chorzów* (Série A, n° 9, p. 24), et dans l'avis consultatif sur la *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour régler le travail personnel du patron* (Série B, n° 13, p. 18).

Le même principe est accepté par le professeur Guggenheim :

« Le sens clair doit également correspondre au but que poursuit le traité. Cela suppose, outre la recherche de l'intention des contractants, celle du but que le traité se propose de réaliser. » (*Traité*, I, pp. 133-134.)

En plus, on pourrait citer encore, par exemple, Ehrlich (ouvrage cité, pp. 82-83), Rousseau (ouvrage cité, p. 683) et Schwarzenberger (ouvrage cité, pp. 517 et ss.).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en face de ce que nous venons d'exposer, il ne semble pas qu'il puisse subsister de doute relativement au bien-fondé de la demande portugaise: le troisième Traité de Punem consacre indubitablement le droit de passage dans les termes revendiqués par le Portugal.

Je pourrais donc en rester ici en ce qui concerne l'interprétation du traité. Cependant, pour ne pas laisser sans commentaires aucune des affirmations de la Partie adverse, j'ose demander encore à la Cour de m'accorder son attention sur un autre point. C'est celui qui se rapporte aux implications que peut avoir, dans la théorie de l'interprétation des traités, la thèse exposée aux paragraphes 260 à 281 du contre-mémoire et 528 à 542 de la duplique, sous le titre: « La présomption s'opposant à des restrictions à l'exercice de la souveraineté territoriale. »

Nous démontrerons que, contrairement à ce qui pourrait en apparence résulter de ce que dit la Partie adverse, le Traité de Punem ne doit pas être interprété restrictivement.

Aux paragraphes cités, on paraît vouloir soutenir la thèse défendue par quelques auteurs selon laquelle, dans la détermination du sens des traités, l'interprétation restrictive doit dominer, puisque des traités résultent toujours des limitations à la liberté des États.

En appliquant ce principe à l'interprétation du Traité de Punem, on pourrait vouloir nier que le droit de passage soit consacré, puisqu'il n'est fait dans le texte aucune référence expresse à celui-ci.

La doctrine ci-dessus mentionnée a besoin, toutefois, d'être bien comprise.

L'objet de l'interprétation est toujours la volonté commune des Parties telle qu'on la reconstitue par l'examen du texte, complété par toutes les autres méthodes d'exégèse consacrées par la jurisprudence et par la doctrine.

Si, après l'analyse ainsi faite, on détermine la volonté commune des Parties, il est évident que l'interprétation restrictive ne se justifie pas. Il n'y a lieu de donner une telle interprétation qu'en cas de doute, quand il n'est pas possible, en face de différents sens présumables du même texte, de décider quel est celui qui correspond à l'intention des Parties, ou quand, de façon certaine, on détermine que les Parties ont voulu le sens le moins large. La jurisprudence internationale consacre clairement et sans équivoque cette orientation.

Le Gouvernement indien a cité, pour essayer de fonder sa thèse, quelques arrêts et avis consultatifs (contre-mémoire, par. 260 à 268). Dans la réplique (par. 295 à 305), le Portugal a prouvé que la thèse indienne ne trouvait aucun appui dans les citations faites.

Au contraire, dans l'arrêt rendu dans l'affaire *Wimbledon*, cité par l'Union indienne au paragraphe 267 du contre-mémoire, la Cour permanente de Justice internationale consacre clairement l'orientation suivant laquelle l'interprétation restrictive n'est licite qu'en cas de doute.

En effet, la Cour a dit:

« Que ce soit par l'effet d'une servitude, ou par l'effet d'une obligation contractuelle que le Gouvernement allemand est tenu envers les Puissances bénéficiaires du traité de Versailles de laisser l'accès du canal de Kiel libre et ouvert aux navires de toutes les nations, en temps de guerre comme en temps de paix, il n'en résulte pas moins pour l'État allemand une limitation importante pour l'exercice du droit de souveraineté que nul ne lui conteste sur le canal de Kiel; et cela suffit pour que la clause qui consacre une telle limitation doive, en cas de doute, être interprétée restrictivement. Toutefois, la Cour ne saurait aller, sous couleur d'interprétation restrictive, jusqu'à refuser à l'article 380 le sens qui est commandé

par ses termes formels. Ce serait une singulière interprétation que de faire dire à un traité exactement le contraire de ce qu'il dit. » (Série A, n° 1, pp. 24-25.)

Comme il ressort de cette citation, la Cour a admis qu'en dépit de la limitation subie par l'exercice de la souveraineté allemande sur le canal de Kiel, en vertu de l'article 380 du traité de Versailles, il ne serait licite d'interpréter restrictivement le précepte qu'en cas de doute.

C'est la consécration formelle de la doctrine que nous défendons.

D'autres cas jurisprudentiels peuvent encore être indiqués à l'appui de la même orientation.

Citons comme exemple l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale au sujet de la *Compétence de l'Organisation internationale du Travail pour réglementer les conditions de travail dans l'agriculture* (Série B, nos 2 et 3), et l'avis consultatif de la même Cour sur le *Service postal polonais à Dantzig* (Série B, n° 11).

Dans le premier (p. 22), il est dit :

« Dans les discussions devant la Cour, on a soutenu avec beaucoup de force que l'établissement de l'Organisation internationale du Travail comporte une renonciation à certains droits qui dérivent de la souveraineté nationale, et que pour cette raison, la compétence de l'Organisation ne doit pas être étendue par voie d'interprétation. Cette thèse ne manque peut-être pas de valeur ; mais toujours est-il que dans chaque cas spécial, la question se réduit forcément à celle de savoir quel est le sens exact des termes mêmes du traité ; et c'est à ce point de vue que la Cour se propose d'aborder la question qui lui a été soumise. »

Dans le second, on écrit dans le même sens (p. 39) :

« De l'avis de la Cour, les règles quant à l'interprétation restrictive ou extensive des dispositions d'un traité ne peuvent être appliquées que dans les cas où les méthodes ordinaires d'interprétation ont échoué. »

En doctrine, la même orientation est suivie par la plus grande partie des auteurs. Je cite une fois de plus M. le professeur Guggenheim, qui a écrit :

« Le sens qui est conféré au traité peut correspondre ou bien à son interprétation restrictive ou bien à son interprétation extensive. L'interprétation restrictive est celle qui est la moins onéreuse pour la Partie qui est engagée, tandis que l'interprétation extensive cherche à étendre ses obligations. »

En principe, l'ordre juridique international est favorable à la liberté des sujets engagés. Le principe d'interprétation qui présume cette liberté correspond donc à la tendance dominante des relations internationales. Toutefois, comme l'a dit la Cour permanente de Justice internationale dans son arrêt relatif à l'affaire de la *Commission internationale de l'Oder*, cet argument, juste en lui-même, ne doit être employé qu'avec la plus grande circonspection. Il ne suffit pas, pour y avoir recours, que l'analyse purement grammaticale d'un texte ne donne pas de résultats certains ; ce n'est qu'après avoir pris en considération tout élément pertinent sans que pour autant l'intention des Parties en soit élucidée, qu'il y aura lieu de

se prononcer pour l'interprétation la plus favorable à la liberté des États. » (*Traité*, I, pp. 134-135.)

Je ne veux pas abuser de la bienveillance de la Cour, aussi vais-je clore cette série de citations.

Je mentionnerai encore seulement ce que Ehrlich a écrit, sur cette matière, dans son étude bien connue sur l'interprétation des traités (*Recueil des Cours*, vol. 24, pp. 133-134). Après avoir mentionné l'opinion suivant laquelle il existe dans le droit international une présomption contre la limitation de la souveraineté, il déclare :

« De la limitation de la souveraineté, il faut cependant distinguer les limitations de l'exercice de la souveraineté, c'est-à-dire de l'exercice de tous les droits qu'a un membre de la communauté internationale comme tel, vis-à-vis des autres membres, à l'exception du droit de conduire ses affaires étrangères, qui est en lui-même une partie intégrante et indispensable de son caractère de membre de la communauté internationale, donc de la souveraineté elle-même. Or il n'y a pas de traité qui ne limite — si peu que ce soit — l'exercice de la souveraineté d'une au moins des parties contractantes. Il est impossible d'établir une présomption contre une limitation de l'exercice de la souveraineté sans admettre par là même une présomption contre la validité des traités internationaux. Au contraire, le droit international moderne s'en tient à la règle *pacta sunt servanda*. »

On ne peut rencontrer meilleure défense du point de vue que nous soutenons. Rien dans le droit international n'impose l'interprétation restrictive du troisième Traité de Punem.

Cette question éclaircie, j'analyserai, pour conclure ces considérations, le problème de l'application de ce traité après la période mahratte. Je démontrerai que l'obligation de concéder le passage revendiqué par le Portugal, même sous son aspect d'obligation conventionnelle, a subsisté jusqu'à nos jours, supportée par les successeurs de l'État mahratte, c'est-à-dire, d'abord la Grande-Bretagne, puis l'Union indienne.

[Audience publique du 25 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comme je le disais ce matin, dans cette partie de mon exposé, je tâcherai de démontrer que l'obligation de concéder le passage revendiqué par le Portugal, même sous son aspect d'obligation conventionnelle, a subsisté jusqu'à nos jours, supportée par les successeurs de l'État mahratte, c'est-à-dire d'abord par la Grande-Bretagne, puis par l'Union indienne.

Il y a un aspect du Traité de Punem par rapport auquel le problème de savoir s'il est encore en vigueur ne doit pas être posé. Je me réfère à la souveraineté sur les villages, que le traité a transférée au Portugal.

Sous cet aspect, le traité a épuisé ses effets au moment où le transfert s'est opéré. Quand les Britanniques se sont substitués, en 1818, à l'État mahratte, ils assumèrent la souveraineté sur tous les territoires appartenant à cet empire à ce moment, exception faite de ceux dont la souveraineté avait été antérieurement transférée à titre définitif à d'autres États, comme c'est le cas des enclaves.

Quand l'Union indienne remplaça la Grande-Bretagne, elle ne se trouva investie que de la souveraineté territoriale détenue par celle-ci.

L'unique problème lié à la vigueur du Traité de Punem qu'il importe de discuter en ce moment concerne le droit de passage et consiste à savoir si, outre les titres résultant des principes généraux de droit et de la coutume (générale et locale) on peut invoquer, par rapport aux périodes britannique et post-britannique, pour fonder ce droit, le titre conventionnel, à savoir le troisième Traité de Punem.

Le Gouvernement indien le nie en se basant sur la nature précaire du *saranjam* ou *jagir* et sur l'analyse de l'histoire des relations luso-britanniques et luso-indiennes. Il prétend conclure, de cette analyse, que jamais ni les Britanniques ni les Indiens n'ont reconnu le droit de passage. Dans les écritures portugaises, c'est précisément le contraire qui a été démontré.

D'abord, le Traité de 1779 n'a pas institué un *saranjam* de nature révocable, puisque le transfert — sans aucune restriction — de la souveraineté sur les villages a été opéré par lui. Ensuite, l'interprétation des faits historiques présentés par l'Union indienne n'est pas correcte. Mais nous n'avons pas l'intention de discuter de nouveau ces sujets.

Je vais seulement tâcher de faire l'encadrement juridique de la question du bien-fondé du titre conventionnel, pour baser le droit de passage pendant les périodes britannique et post-britannique.

La question s'intègre dans le problème général de la succession des États dans les obligations conventionnelles.

Bien que la doctrine n'admette pas ouvertement, comme règle générale, la succession dans toutes les obligations résultant d'une convention ou d'un traité, la majorité des auteurs s'accorde à admettre qu'en certaines hypothèses, celle-ci se constate nécessairement.

L'une des hypothèses sur laquelle cet accord existe est celle de l'extinction d'un État et de l'annexion de son territoire par un autre État, quand des traités ont créé des obligations concernant les territoires annexés, tels que les traités relatifs à des frontières ou limites, fleuves, voies de communication, etc.

De tels traités, dans la partie qui crée des obligations se rapportant au territoire, c'est-à-dire des obligations localisées, continueraient à être en vigueur, l'État qui annexe restant assujéti aux obligations qui ressortissent à ce traité.

Telle est la doctrine soutenue par de nombreux et éminents juristes comme, par exemple, M. le professeur Guggenheim, qui affirme que « les conventions se rapportant à un territoire déterminé, c'est-à-dire qui ont un caractère local ou régional, autorisent et obligent l'État successeur » (*Traité*, vol. I, p. 465).

Un juriste indien, le *sirdar* D. K. Sen, va même beaucoup plus loin.

Dans une étude publiée dans *The Indian Law Review* (vol. I, 1947, n° 2), sous le titre *The Partition of India and Succession in International Law*, tout en notant que la règle de la succession entre États est, en doctrine, sujette à controverse, il la considère comme acceptée par la Cour permanente de Justice internationale. Il cite à ce sujet l'arrêt rendu dans *l'affaire de l'université Peter Pázmány* et il affirme expressément que la conclusion inévitable est que le principe de la succession des États est applicable dans la détermination des droits et obligations internationaux des deux Dominions de l'Inde et du Pakistan.

La doctrine, dans sa version la plus modérée, telle qu'elle est exposée par M. le professeur Guggenheim, est celle suivie par la généralité des auteurs.

Pour ne pas abuser de l'attention de la Cour, je citerai simplement Oppenheim (ouvrage cité, pp. 157 et suivantes), Mervyn Jones (« State Succession in the Matter of Treaties », in *British Year Book of International Law*, 1947, p. 360) et Verdross (*Völkerrecht*, traduction espagnole, 2^{me} édition, pp. 191-192).

En appliquant cette orientation au cas *sub judice*, il faut nécessairement conclure que le droit de passage, dérivé du Traité de Punem, est resté en vigueur pendant la période britannique, avec l'obligation corrélatrice incombant à la Grande-Bretagne qui l'hérita de l'empire mahratte du fait de l'annexion de son territoire.

Ce point éclairci, il faut étudier la question relativement à la période post-britannique.

Pourra-t-on défendre aussi la doctrine de la succession par rapport à l'Union indienne? Celle-ci devait-elle continuer à se considérer comme liée par le Traité de Punem en ce qui regarde l'obligation de concéder le passage aux enclaves? Il est indubitable que oui.

La jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour admettre le principe de la continuité de la personnalité juridique internationale et, par voie de conséquence, celui du maintien des obligations assumées, même quand des modifications constitutionnelles se produisent.

Or, avant même la formation de l'Union indienne comme État indépendant, l'Inde jouissait de la personnalité juridique internationale, comme le département juridique des Nations Unies l'a reconnu formellement (v. Schachter, « The Development of International Law Through the Legal Opinions of the United Nations Secretariat », in *British Yearbook of International Law*, 1948, pp. 101 à 107).

Quand, en 1947, l'Inde s'est divisée entre les deux États du Pakistan et de l'Union indienne, chacun des deux a continué à être lié par les obligations internationales qui pesaient sur lui — et que la Grande-Bretagne assumait en son nom, comme titulaire qu'elle était du pouvoir suprême sur le territoire — dans la mesure où les circonstances de fait résultant de la division du territoire permettaient que de tels devoirs lui fussent applicables.

Telle est la doctrine qui résulte clairement de *The Indian Independence (International Arrangement) Order* du 14 août 1947 et du *Agreement as to the Devolution of International Rights and Obligations upon the Dominions of India and Pakistan*, qui lui est annexé (*Gazette of India Extraordinary*, 14 août 1947).

L'*Order* qui, sous son aspect formel, se présente comme un accord entre l'Union indienne et le Pakistan a, par essence, la nature d'une déclaration dans laquelle les deux États, respectivement et unilatéralement, assument les obligations conventionnelles de l'Inde avant sa division.

Dans son article 3, il est dit clairement que les droits et les obligations sous couvert des accords internationaux qui ont une application territoriale exclusivement dans une zone comprise à l'intérieur du Dominion de l'Inde seront hérités par le Dominion. C'est-à-dire que toutes les obligations internationales qui pesaient sur la Grande-Bretagne par rapport à l'Inde étaient transmises à l'Union indienne, du moment qu'elles concernaient son territoire. C'est évidemment le cas du droit de passage revendiqué par le Portugal.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vais terminer.

Je pense avoir suffisamment démontré qu'en face des principes du droit international, il n'est pas possible de contester que du Traité de Punem de 1779 ait résulté pour le Portugal le droit de passage revendiqué par lui et que la reconnaissance de ce droit constitue aujourd'hui encore une obligation à l'accomplissement de laquelle l'Union indienne ne peut se dérober, sans enfreindre une règle juridique indiscutablement valide et, par là, s'écarter du respect du droit que la Charte des Nations Unies impose à tous les Membres de l'Organisation.

Tous les efforts de l'Union indienne pour affaiblir les arguments qui basent la thèse portugaise sont vains.

Je ne manquerai, toutefois, d'accorder une mention spéciale à la thèse que, pour l'opposer à celle du Portugal, l'autre Partie prétend construire en prenant pour base les conventions et les traités postérieurs au Traité de Punem.

Toute l'argumentation obéit, à cet égard, au dessein de prouver que, postérieurement au Traité de 1779, aucun droit de passage ayant un caractère permanent n'a été créé en faveur du Portugal par voie conventionnelle. Il est parfaitement compréhensible que la Partie adverse se soit engagée dans cette voie étant donné l'orientation qu'elle a imprimée à sa défense, mais l'argumentation déduite est inopérante. En réalité, le troisième Traité de Punem, comme on l'a démontré, a conféré le droit de passage au Portugal.

Ce qu'il serait nécessaire de prouver, par rapport aux traités qui ont suivi, pour établir l'inexistence actuelle de ce droit, c'est que la révocation du premier traité en est résultée. Or, l'analyse des faits historiques a démontré qu'aucun des accords par lesquels, postérieurement à 1779, le transit fut réglé entre les territoires portugais de l'Inde et les territoires voisins, n'est entré en conflit avec le Traité de Punem. Ces accords, ou bien ne s'occupent pas du transit avec les enclaves mais définissent des régimes généraux qui n'affectent pas le régime spécial auquel il obéissait, ou bien ne s'occupent du transit avec les enclaves que pour définir son régime, sans affecter le droit de passage ni même s'y rapporter.

C'est ce qui ressort des écritures et aussi de ce qui a déjà été dit dans les plaidoiries sur la période mahratte et qui va être exposé pour les périodes britannique et post-britannique.

En faveur de la thèse portugaise, au contraire, on peut invoquer encore, comme le démontrent aussi les écritures et la précédente plaidoirie, les accords de 1783 et de 1785, qui confirment pleinement le transfert de la souveraineté et l'attribution au Portugal du droit de passage.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai terminé.

Je vous demande d'agréer, avec l'expression de mon profond respect, mes remerciements pour la bienveillante attention que vous avez daigné m'accorder. Avec votre permission, Monsieur le Président, ce sera Monsieur le doyen Galvão Telles qui, ensuite, prendra la parole.

5. PLAIDOIRIE DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)

AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 25, 26, 28, 29 ET 30 SEPTEMBRE 1959

[Audience publique du 25 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Maintenant que sont terminés les exposés relatifs à la période mahratte et aux conventions comme un des titres de notre droit, je vais, avec votre permission, traiter de la période britannique.

Comme on le sait, cette période s'étend de 1818 à 1947. L'État mahratte, par le Traité du 16 janvier 1817 suivi de la proclamation du 11 février 1818, cédait à la Grande-Bretagne le Konkan septentrional. Alors commença la période de souveraineté britannique sur les territoires séparant Damão de la *pargana* de Nagar-Aveli, souveraineté à laquelle seulement mit fin le fait de l'indépendance de l'Union indienne le 15 août 1947.

Pendant cette longue durée la situation de droit et de fait créée à l'époque précédente demeura inchangée en ce qui concernait nos territoires enclavés et leurs relations avec le territoire littoral.

Des considérations déjà présentées à la barre ressort ce que nos écritures avaient mis en évidence, à savoir que les Mahrattes nous cédèrent en toute souveraineté Dadrá et Nagar-Aveli; qu'ils nous donnèrent du même coup, comme son complément indispensable, le droit d'accès aux territoires cédés; et que cette souveraineté aussi bien que ce droit d'accès furent largement exercés tant que les Mahrattes restèrent nos voisins.

Cet état de choses n'a pas subi de modifications du fait que les Britanniques avaient succédé aux Mahrattes. La Grande-Bretagne reconnut et respecta notre souveraineté sur Dadrá et Nagar-Aveli; et elle prit la même attitude en ce qui concernait notre droit d'accès à ces enclaves. La Grande-Bretagne ne faisait ainsi du reste que son devoir; elle n'aurait pu légalement agir d'autre façon.

Dans ces conditions Dadrá et Nagar-Aveli, pendant la période britannique, continuèrent de vivre sous l'égide de la souveraineté portugaise. Ces territoires restèrent de manière effective intégrés dans l'organisation administrative de Damão.

En tant qu'éléments constitutifs du même État, ils maintinrent les liaisons voulues entre eux et le littoral.

Le transit au moyen duquel ces liaisons s'effectuaient fut une réalité permanente, incontestable et incontestée.

Les autorités et les fonctionnaires portugais purent circuler entre les différents territoires en question et de cette façon assurer l'administration des enclaves. Les défenseurs de l'ordre, de leur côté, y avaient accès pour veiller à la sécurité des personnes et à la tranquillité, non moins que les fonctionnaires civils pour remplir les devoirs de leur charge. Les habitants, eux aussi, allaient et venaient au gré de leurs intérêts privés.

Et, de même que pour les personnes, il y avait un mouvement régulier des choses.

La *pargana* de Nagar-Aveli notamment continuait à remplir son rôle traditionnel de ravitailleur de Damão, rôle qui historiquement avait justifié son transfert à la souveraineté portugaise.

En résumé, il y avait entre Damão et les enclaves une circulation constante de personnes et de biens, qui maintenait entre ces territoires les communications indispensables, expression et corollaire de leur unité juridique.

Et la conviction de sa nécessité était liée à ce transit, tant du côté des autorités portugaises que de celui des autorités britanniques. Elles en étaient, toutes deux, pénétrées et leur attitude et leurs paroles reflétaient cette conviction : elle était d'ailleurs conforme à la nature même des choses.

Il est d'ailleurs à remarquer que le Gouvernement indien ne nie pas, mais au contraire affirme expressément, la réalité historique du transit. Il ne conteste pas que celui-ci n'ait eu lieu, ni non plus que ce transit n'ait été approprié à sa fin, c'est-à-dire au *maintien des liaisons voulues entre Damão et les enclaves dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté et de l'administration portugaise sur celles-ci*. C'est ce qui découle en particulier du paragraphe 278 de la duplique.

Précisons en passant que lorsque nous parlons ici, comme nous l'avons fait dans les écritures, de « liaisons voulues », nous employons « voulues » au sens très courant de « nécessaires », objectivement nécessaires, et non au sens de désirées — subjectivement — par l'État portugais. Je donne cette précision pour éviter à nos éminents adversaires la répétition du jeu de mots auquel ils se sont livrés au sujet de l'expression « liaisons voulues » en certains points de la duplique, au paragraphe 278 par exemple.

Le Gouvernement indien, je le répète, ne nie pas la réalité historique du transit, ni son appropriation à son but. Il conteste cependant que ce transit traduise, pour nous, l'exercice d'un droit. Nous verrons que ce refus est sans fondement.

Qu'il me soit permis, maintenant, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de faire deux importantes observations d'ordre général. Elles sont essentielles à l'interprétation correcte des faits et permettent de dissiper sans peine le nuage de confusion dont la Partie adverse essaie de recouvrir ces matières.

Ces observations, du reste, peuvent être étendues à l'ensemble des faits historiques qui intéressent ce débat. Si je les formule actuellement, c'est parce qu'elles deviennent particulièrement nécessaires en face de la manière dont le Gouvernement indien expose et interprète les faits relatifs à la période britannique.

Voici ces observations :

La première est que le *droit* et la *réglementation* de celui-ci constituent deux aspects distincts qu'il n'est pas légitime de confondre. L'existence du droit est une chose. Autre chose est celle des modalités de son exercice définies par l'entité à qui il appartient de le réglementer.

L'existence du droit est évidemment indépendante des contingences de cette réglementation. Le droit survit aux modifications subies par celle-ci : il subsiste au milieu d'elles, intact dans sa substance. Les variations de la réglementation ni ne le détruisent ni ne l'affectent ; bien au contraire, ces variations le présupposent comme matière ou objet auquel elles s'appliquent.

Ces réflexions sont ici à leur place, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, puisque, comme nous le savons, le Portugal — malgré le droit au passage qu'il réclame — ne se croit pas habilité à revendiquer pour celui-ci un certain type de réglementation ni la reconnaissance de l'immunité de toute réglementation.

Le Portugal est titulaire du droit de passage par le territoire voisin, droit consacré par l'ordre juridique international, qui impose à l'État souverain sur ce territoire une obligation corrélatrice.

Mais la réglementation de l'exercice dudit droit fait partie de l'ordre juridique interne de cet État. Il appartient à cet État de la promulguer en tant que manifestation de sa compétence territoriale exclusive.

Dans l'exercice de cette compétence, cet État jouit d'une grande latitude, mais d'une liberté absolue, car celle-ci est assujettie à une limitation — à une *unique* limitation : le respect du droit de passage. Il ne peut détruire le droit sous prétexte de le réglementer.

Or, dans le cours des temps jusqu'à la naissance du conflit actuel, les États contigus à Damão ont toujours su concilier la réglementation de notre accès aux enclaves et l'effectuation de cet accès. Ils ont toujours su concilier les manifestations de leurs prérogatives territoriales avec le respect de notre droit de passage. Ils ont toujours su, en un mot, concilier les exigences de leur souveraineté sur les territoires environnants avec celles de la nôtre sur lesdites enclaves. Ceci est notamment vrai en ce qui concerne l'époque britannique.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour le Gouvernement indien, l'attitude des autorités britanniques, relativement au transit entre Damão et les enclaves, aurait été incompatible avec un droit portugais à ce transit. Ce point de vue ne résiste pas à la critique.

Certes, les autorités britanniques ont réglementé le transit en question. Elles le firent unilatéralement dans certains cas; dans d'autres bilatéralement, par des accords ou des arrangements avec les autorités portugaises, sans obligation d'ailleurs de recourir à ce procédé, qui s'inspirait purement et simplement de l'esprit de bon voisinage.

Mais quelle qu'ait été la méthode adoptée, unilatérale ou bilatérale, jamais les autorités britanniques n'outrepassèrent les limites de la réglementation du droit de transit. Jamais elles ne sortirent de ces limites pour entrer dans le domaine de la violation de ce droit.

Et la preuve en est, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que pendant toute la durée de la longue domination britannique nous avons toujours eu, sans contestation possible, accès aux enclaves, dans la mesure, propre à notre droit, de la nécessité de l'exercice de notre souveraineté; et nous avons ainsi toujours pu assurer cet exercice.

Tel est le fait dont la Partie adverse n'ose pas contester l'évidence.

D'ailleurs, ce qui se passa pendant la période britannique avait eu lieu pendant la période antérieure et se prolongea pendant la période postérieure.

Ce n'est que ces derniers temps que l'État voisin, rompant, pour la première fois dans l'histoire, avec une tradition presque bicentenaire, s'engagea dans le chemin de la violation de notre droit, en s'opposant à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les territoires enclavés.

Et c'est de ceci, et de ceci seulement, que nous nous plaignons.

Notre action, comme on l'a déjà suffisamment mis en évidence, ne vise nullement à retirer à l'Union indienne son pouvoir de juridiction et

de contrôle sur le transit entre Damão et les enclaves. Ce pouvoir lui appartient exclusivement, comme attribut et prérogative de sa souveraineté.

Dans ces conditions quel argument, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quel argument peut-on tirer contre nous, comme veut le faire la Partie adverse, du fait que la Grande-Bretagne a exercé sa juridiction et son contrôle sur le transit entre Damão et les enclaves, cette juridiction et ce contrôle qui appartiennent aujourd'hui à l'Union indienne? Vraiment aucun.

Ce que nous reprochons à l'Union indienne, ce n'est pas d'exercer sa compétence territoriale, mais bien de l'exercer sans respect pour notre droit d'accès aux enclaves et par conséquent au détriment de notre compétence territoriale sur celles-ci.

Ce reproche, l'histoire ne nous autorise pas à l'adresser à la Grande-Bretagne, et nous ne l'avons jamais fait.

Les autorités britanniques ont-elles réglementé le transit des personnes et des biens entre les différents territoires du district de Damão, en ont-elles défini les conditions et les modalités, en l'assujettissant à telles ou telles restrictions ou en lui octroyant telles ou telles immunités?

Cette réglementation a-t-elle varié?

Les marchandises ont-elles bénéficié dans certaines circonstances d'une exemption de droits de douane qui, dans d'autres, ne leur a pas été accordée? Durent-elles, parfois, être accompagnées de documents qui dans d'autres cas étaient inutiles? Le transit des personnes fut-il à certaines époques ou dans certaines hypothèses assujetti à des formalités qui dans d'autres n'étaient pas exigées? Exista-t-il à une certaine période des catégories déterminées de choses qui, pour des raisons spéciales, ne purent passer?

Bien sûr; mais il ne s'agit là que de la traduction du pouvoir de réglementation et de surveillance de l'État local, qu'il n'est nullement dans notre intention de récuser.

La leçon qu'il importe de tirer du passé et de retenir, c'est que la Grande-Bretagne sut parfaitement harmoniser ce pouvoir avec notre droit de passage.

Ce droit doit être envisagé d'une façon globale, par rapport à son but, à savoir: assurer les liaisons avec les enclaves, dans la mesure indispensable à l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur celles-ci.

Or, personne ne pourra nier que, quelle qu'ait été la réglementation britannique dans son détail, facilités accordées ou restrictions imposées, elle nous a toujours permis d'atteindre ce but.

Pourrions-nous dire la même chose de l'attitude du Gouvernement indien?

Si elle avait été analogue à l'attitude britannique nous ne serions pas ici.

Si l'Union indienne avait toujours agi comme a agi la Grande-Bretagne, le litige dont la Cour est saisie ne serait jamais né.

Le Gouvernement indien ne se refuse pas, notons-le bien, à admettre la distinction entre le droit et sa réglementation, distinction qui correspond à une vérité élémentaire. Mais il conteste qu'il puisse exister, sauf en des cas exceptionnels, nommément désignés, des droits de passage dépourvus d'immunité.

A son avis, en dehors de ces cas, le droit de passage est toujours accompagné d'immunité et n'est pas assujetti à la réglementation de l'État par le territoire duquel le transit s'effectue.

La Partie adverse, au paragraphe 281 de sa duplique, déclare que le droit de régler et de contrôler le passage sans le droit de l'interdire et de l'empêcher serait illusoire et que par conséquent, si les Britanniques avaient possédé le premier de ces droits, ils auraient aussi possédé le second. D'où il découle que le passage ne constitue pas l'objet d'un droit nous appartenant.

Cet argument est inacceptable. Le droit de réglementer les liaisons nécessaires n'implique pas celui de les interdire. Il peut exister un droit de réglementer le transit sans qu'il y ait un droit de l'interdire, plus exactement, sans la faculté de mettre obstacle aux manifestations ou concrétisations de ce droit quand elles deviennent nécessaires, et dans la mesure où elles le deviennent, en fonction du but précédemment défini.

On pourra interdire certaines modalités du passage, mais non celles indispensables, d'après les circonstances, à l'exercice de la souveraineté. Et, qu'on puisse avoir le droit de réglementer le transit sans possibilité de l'empêcher, mais au contraire avec l'obligation de le rendre possible, les cas de droit de passage sans immunité, dont le Gouvernement indien lui-même reconnaît l'existence, sont là pour l'attester.

La divergence ne réside donc que dans le nombre de ces cas, que le Gouvernement indien limite gratuitement et *a priori* à quelques-uns, et parmi lesquels ne figurerait pas le droit d'accès à des territoires enclavés. Je n'ai pas à me prononcer sur ce que cette limitation contient de non-fondé; mon éminent collègue M. le professeur Maurice Bourquin en a déjà présenté une critique pertinente dans les plaidoiries sur les exceptions préliminaires (procédure orale, p. 182).

Je n'ajouterai ici que quelques brèves considérations pour mieux éclairer les faits historiques débattus dans ce procès.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans certains cas l'immunité fait partie de la substance même du droit de transit. Elle représente un aspect ou un attribut de ce droit. C'est ce qui arrive quand le droit de transit se traduit par une prérogative souveraine relativement au territoire traversé. L'État auquel ce territoire appartient subit alors un démembrement de sa souveraineté et une parcelle de celle-ci est transférée à l'autre État, qui, dans son exercice, et donc exempté d'obéir à la souveraineté locale, fait circuler personnes et choses. Cette exemption ou immunité résulte du fait même qu'il pratique le transit comme souverain: qui agit comme souverain ne peut être assujéti à une souveraineté étrangère.

Dans d'autres cas, le droit de transit ne se traduit pas par une prérogative souveraine. Il laisse intacte la souveraineté locale. L'État par le territoire duquel le transit s'effectue n'a que l'obligation de le rendre possible, sans retranchement de sa compétence territoriale.

Dans cette dernière hypothèse, que nous savons être celle de notre droit, le passage des personnes et des choses ne représentant pas une manifestation de souveraineté, se trouve par cela même assujéti à la souveraineté de l'État local qui le soumet à sa réglementation. Il s'agit d'un droit de passage sans immunité puisque non soustrait à cette réglementation.

Mais — et c'est ce qu'en ce moment je veux surtout souligner — ceci ne veut pas dire que, dans ce cas, une ou plusieurs immunités ne peuvent éventuellement s'ajouter au droit de passage.

Il ne s'agira plus, comme dans la première hypothèse, d'une immunité générale inhérente à l'essence même du droit de transit, constitué avec

lui comme corollaire logique de sa nature souveraine. Il s'agira d'exemptions concrètes et partielles, pouvant ou non être ajoutées au droit de passage, sans s'insérer dans sa substance ni en changer ou affecter le caractère.

Ces exemptions, quand elles existent, sont extrinsèques et contingentes. Elles peuvent s'ajouter au droit de passage, après sa constitution, elles peuvent se modifier, elles peuvent s'amplifier ou se restreindre, elles peuvent disparaître. Aucune de ces vicissitudes n'atteindra le droit de passage.

Voilà ce qui éclaire complètement ce qui dans l'histoire s'est passé, en particulier pendant la période britannique, pour le transit entre Damão et les enclaves, en ce qui concerne les immunités.

Ce transit était — comme il continue de l'être — l'objet d'un droit, mais d'un droit qui laisse absolument intacte la souveraineté de l'État voisin et qui donc, par lui-même, n'implique d'immunité.

Nous avons bénéficié, certes, d'immunités ou d'exemptions déterminées, dont l'évolution est exposée dans les écritures. Mais ces immunités ou exemptions, restreintes tantôt à un aspect du transit, tantôt à un autre, et dont l'étendue et le contenu varièrent, étaient accidentelles par rapport à notre droit de passage.

Dans le procès actuel, il est d'ailleurs sans intérêt de rechercher si ces exemptions représentaient de simples faveurs ou des concessions précaires de l'État voisin, ou si, du moins pour l'une ou quelques-unes d'entre elles, elles ne constituèrent pas parfois — si tant est qu'elles l'eussent pu — l'objet d'un droit nous appartenant. Et que, dans le passé, nous ayons peut-être revendiqué de temps à autre le droit à quelque exemption ne présente pas plus d'intérêt.

Rien de tout cela n'a d'importance dans cette affaire, puisqu'il s'agit d'aspects appartenant à des immunités et non au droit de passage en soi : or c'est ceci seulement qui est en cause.

Le Gouvernement indien soutient — notamment aux paragraphes 281, 308 et 508 de sa duplique — que nous n'avons jamais possédé, et que jamais ne nous fut reconnu de droit à une immunité quelconque ; qu'en 1818 et en 1859 nous avons réclamé le droit à une exemption douanière des marchandises en provenance des enclaves vers Damão, mais que cette réclamation fut rejetée et qu'elle se fondait sur des bases erronées.

Nous n'avons pas à nous arrêter à l'examen de ces thèses historiques, car, comme nous l'avons déjà remarqué, elles sont en dehors de la question. D'ailleurs, tous les efforts du Gouvernement indien, quant à la période britannique, tendent à démontrer que nous ne jouissions pas de droit d'immunité, d'où ce Gouvernement prétend conclure que nous n'avions pas le droit de passage.

C'est pour cette raison — selon ce qu'on lit au paragraphe 281 de la duplique — que la Partie adverse a attribué de l'importance aux événements de la période britannique tels qu'elle les décrit et les interprète.

Mais son raisonnement s'assied sur une prémisse inexacte, car nous savons déjà que le droit de passage peut exister sans accompagnement d'immunités.

L'inexactitude de cette prémisse entraîne celle de tout le raisonnement et fait ressortir l'inanité des efforts auxquels il a été fait allusion précédemment.

N'en terminons pas avec ce chapitre sans signaler une contradiction du Gouvernement indien.

Mettant tout en œuvre pour démontrer que nous ne possédions aucun droit d'immunité, il se complait pourtant à nous attribuer, gratuitement, un droit à une certaine immunité: immunité qui aurait consisté, d'après ce qu'on lit à la fin du paragraphe 346 de la duplique, en une protection des troupes portugaises en transit sur le territoire britannique contre l'action de la police et des tribunaux locaux, au cas d'une offense faite par l'un des membres de ces forces à un autre.

Je ne peux manquer de signaler la contradiction pour mettre davantage encore en évidence la fragilité de l'argumentation adverse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, voici pour ce qui regarde la première observation d'ordre général que je me suis proposé de présenter. Mais il y en a encore une à faire sur laquelle, d'ailleurs, s'est déjà prononcé M. le professeur Maurice Bourquin, et c'est celle-ci:

Il convient de distinguer soigneusement le cas général de l'entrée sur le territoire voisin et le cas particulier du passage aux enclaves. Cette distinction n'est pas moins importante ni moins féconde que la distinction antérieurement faite entre le droit et sa réglementation.

La réclamation portugaise ne vise pas la première de ces situations mais bien la seconde.

Nous ne revendiquons pas le droit d'entrer dans le territoire voisin pour nous y installer ou y circuler, ou y divaguer à volonté. Ce que nous revendiquons, c'est le droit de traverser ce territoire dans une direction déterminée, c'est-à-dire en suivant le trajet qui relie Damão aux enclaves.

Nous n'avons pas un droit d'accès à un territoire étranger. Nous avons un droit d'accès à un territoire portugais enclavé en territoire étranger — ce qui est fort différent.

Il convient à ce sujet de rappeler l'avis fourni par le fonctionnaire britannique R. E. Holland, le 12 janvier 1915, au sujet d'une affaire de transit d'armement militaire entre Damão et Nagar-Aveli, avis qui fut confirmé par les autorités supérieures, comme nous l'avons relaté au paragraphe 243 de notre réplique.

Ce fonctionnaire disait que, dans l'affaire en question, l'entrée en territoire britannique ne représentait rien d'autre que les préliminaires d'une sortie immédiate. Et il en va ainsi dans la réalité.

Nous devons entrer, évidemment, mais nous devons aussi sortir. Notre but est *uniquement* de traverser un territoire intermédiaire pour nous rendre d'une terre portugaise à une autre terre portugaise.

En résumé, ce qui est en discussion, c'est le cas spécifique du transit entre Damão et les enclaves, en tant que moyen indispensable de liaison entre des territoires qui, séparés géographiquement, sont juridiquement unis par leur assujettissement à une même et unique souveraineté. Il ne s'agit nullement du cas général de l'entrée dans un territoire limitrophe.

Cette distinction, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, est essentielle pour écarter les équivoques que pourraient faire naître bien des allégations de la Partie adverse, spécialement en ce qui se rapporte à la période britannique.

La Partie adverse, en effet, appuie sans cesse son argumentation, dans ses écritures, sur des réalités afférentes au régime général des relations entre les territoires portugais et les territoires limitrophes de l'Hindoustan. Et elle s'efforce de tirer de ce régime des conclusions relatives à l'affaire en litige. Il y a ici une confusion manifeste qui invalide irrémédiablement l'argumentation du Gouvernement indien.

De l'inexistence d'un droit général d'entrée, on ne peut évidemment pas conclure à l'inexistence d'un droit particulier de transit. Or, c'est cette conclusion que le Gouvernement indien prétend imposer.

La confusion illégitime des deux situations joue un rôle si important dans le raisonnement de nos distingués adversaires qu'ils prennent comme pivot de leur étude de la période britannique le Traité de 1878. Cette orientation ne peut être que source d'équivoques.

Le Traité de 1878 se situe sur le plan général des relations entre le Portugal et la Grande-Bretagne, dans le cadre géographique des différents territoires hindoustaniques des deux États. Le cas particulier de l'accès aux enclaves prévaut sur ce traité et ses vicissitudes, suivant le précepte que le particulier a le pas sur le général.

En ce qui concerne la distinction dont je suis en train de m'occuper, entre l'accès à un territoire voisin et le transit avec les enclaves et entre celles-ci, le moment est venu où il me faut réfuter les objections du Gouvernement de l'Inde à cette distinction.

Ce Gouvernement ne nie pas précisément qu'elle existe, il le nie d'autant moins qu'il est forcé de la reconnaître au paragraphe 518 de la duplique :

« Personne ne doute qu'il y ait une différence entre l'accès et le transit. »

Mais, si j'interprète bien leur pensée, nos éminents adversaires nous accusent fondamentalement d'une pétition de principe. Ils disent, au paragraphe 284 de la duplique, que nous donnons pour acquis ce que, précisément, nous devons démontrer, à savoir que le passage entre Damão et les enclaves représente un cas particulier auquel correspond une situation juridique différente de celle du cas général, parce qu'il y a là un droit qui manque dans l'autre.

Entendons-nous bien. Nous ne commettons aucune pétition de principe. Nous ne donnons nullement pour acquis ce que nous avons à démontrer.

Nous reconnaissons, de même que la Partie adverse, qu'un statut général relatif à l'entrée sur le territoire voisin, précisément parce qu'il est général, est applicable, en principe, à tous les cas où l'on constate cette entrée, y compris à celui du passage entre Damão et les enclaves.

Nous reconnaissons, d'autre part, de même encore que la Partie adverse, que ce statut ne sera inapplicable à l'hypothèse de ce trajet que si une source quelconque du droit international — principe général de droit, coutume, convention — établit dans cette dernière hypothèse un statut différent et dans la mesure où elle le fait.

Qu'il me soit permis, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, d'ouvrir ici une parenthèse pour faire ressortir que le Gouvernement de l'Inde reconnaît explicitement sur ce point (duplique, par. 284) que le statut revendiqué par nous quant au transit entre Damão et les enclaves, et qui comprend un droit à ce transit, peut émaner de n'importe laquelle des sources de droit international — de conventions aussi bien que de principes généraux de droit ou de coutumes. Je ne peux manquer de souligner fortement ce fait, car cette position du Gouvernement indien s'accorde absolument avec celle du Gouvernement portugais.

Mais fermons cette parenthèse et reprenons le fil de notre exposé.

Il n'y a, de notre part, aucune pétition de principe, car nous n'affirmons pas *a priori*, sans démonstration, que le cas des enclaves est un cas

spécial auquel correspond, pour le Portugal, un droit de transit. Ce qu'il y a de spécial dans ce cas et qui se traduit par l'existence de ce droit a fait l'objet d'une démonstration du Gouvernement portugais, sans aucune dérobade de sa part. Il la présente au contraire avec soin et minutie tout au long du dossier et il s'efforce, une fois de plus, de la corroborer dans ses actuelles plaidoiries.

Les efforts employés par l'Union indienne pour essayer de démontrer l'inexistence d'un droit d'entrée, d'un droit général d'entrée, sont multiples.

Sur ce plan de l'entrée en général, l'Union indienne ne se reporte pas seulement au Traité de 1878. Elle se reporte à de nombreux autres textes ou cas concrets. Quant aux textes, nous pouvons, rien qu'en ce qui a trait à la période britannique, citer: l'accord de 1908 sur les armes, l'accord de 1913 sur la police, l'accord de 1920 aussi sur la police. Relativement aux cas concrets, je pourrai signaler, entre autres, ceux, nombreux, dont on trouve l'examen critique aux paragraphes 175 à 180 de la réplique.

Ici encore — qu'on me pardonne l'expression — on ne fait qu'enfoncer une porte ouverte, car le Portugal ne nie en aucune manière l'inexistence d'un droit général d'entrée.

Ce que le Portugal conteste, c'est que, de cette inexistence, on puisse inférer celle du droit spécial que nous revendiquons.

C'est pour cela que le Portugal soutient qu'on doit tenir à l'écart, en principe, ce qui traite des relations générales concernant les territoires des deux États dans l'Hindoustan et considérer de près la matière qui intéresse spécifiquement, c'est-à-dire le transit entre Damão et les enclaves.

Dans cet ordre d'idées, je ne m'occuperai de ce premier aspect que dans la mesure où cela deviendra indispensable pour dissiper les confusions que l'argumentation de la Partie adverse pourrait provoquer.

Ce qui importe, c'est de fixer notre attention sur le cas concret du transit réclamé par le Portugal et de voir si ce transit représente ou non juridiquement un cas spécial, constitue ou non l'objet d'un droit. Et c'est ce chemin, emprunté par nous dès le premier moment, que nous continuerons à suivre pour démontrer qu'en vertu des sources juridiques internationales, il existe là quelque chose de spécial, il existe là un droit.

Je reviendrai plus en détail sur les observations que je viens de faire, mais j'ai tenu à les formuler dès maintenant comme étant les directrices fondamentales à la lumière desquelles les faits de la période britannique (comme d'ailleurs des autres époques) doivent être considérés.

[Audience publique du 26 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, hier j'en ai terminé avec certaines observations préliminaires que je m'étais proposé de présenter. Il me faut parler de l'attitude des autorités britanniques en face des droits que nous avons reçus des Mahrattes.

Nous avons déjà abordé ce thème dans notre réplique (par. 146 à 164).

L'analyse qui en a été faite devient indispensable du moment que le Gouvernement indien soutient que les autorités britanniques, en prenant possession des territoires limitrophes de Damão, se refusèrent à reconnaître les droits que nous avons acquis des Mahrattes.

Cette thèse est démentie par les faits.

Bien loin de les méconnaître, ces autorités ont totalement respecté nos droits de souveraineté sur Dadrá et Nagar-Aveli.

Elles ne méconnurent pas davantage, mais au contraire elles respectèrent scrupuleusement, notre droit d'accès à ces territoires.

En quelle matière les Britanniques réservèrent-ils leur liberté?

Uniquement en matière de privilèges ou d'immunités relatifs au transit entre Damão et les enclaves, telle, en particulier, que l'exemption du paiement de l'impôt douanier.

C'est-à-dire que la Grande-Bretagne ne s'attribua pas la faculté — c'eût été illégitime — d'agir au mépris des droits du Portugal, que ce fussent ses droits de souveraineté sur les enclaves ou son droit au transit nécessaire à l'exercice de cette souveraineté.

Non. La Grande-Bretagne se considéra uniquement comme autorisée à réglementer ce transit, en l'assortissant ou non d'immunités ou d'exemptions.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, rien dans tout ceci ne s'oppose au point de vue du Gouvernement portugais; bien au contraire, sa thèse en est pleinement confirmée.

Et voici revenir la distinction entre d'un côté le *droit de passage* et de l'autre la *réglementation* de ce passage.

La Grande-Bretagne a estimé qu'il lui appartenait, en tant que puissance titulaire de la souveraineté sur le territoire traversé, d'établir cette réglementation. Elle ne nous a donc pas reconnu un droit d'immunité.

Mais cela n'excluait ni la souveraineté portugaise sur les enclaves, ni le droit de transit nécessaire à son exercice. Nous possédions cette souveraineté et nous possédions ce droit, bien que le transit se fit conformément à la réglementation édictée par les autorités locales.

Considérons maintenant de manière concrète l'attitude que prirent les Britanniques en face de nos droits.

Commençons par examiner leur position en face de nos droits sur les enclaves.

Il est hors de toute discussion que la Grande-Bretagne traita dès le premier moment le Portugal en souverain de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Toutefois — prétend le Gouvernement indien — ceci n'arriva que parce que les Portugais trompèrent les Britanniques. Nous aurions usé, vis-à-vis d'eux, de dol ou de mauvaise foi, les induisant en erreur sur le véritable caractère de nos droits sur la *pargana* de Nagar-Aveli.

Nous, Portugais — toujours d'après le Gouvernement indien —, savions n'avoir sur les enclaves que des droits limités et révocables, de nature fiscale, concédés par le Traité luso-mahratte de 1779. Notons entre parenthèses que nos adversaires, tout en sous-estimant par ailleurs les effets du traité, en reconnaissent ici la validité qu'ils se sont mis à contester à dater du contre-mémoire en différents endroits de leur argumentation.

Mais — ainsi s'exprime le Gouvernement indien — nous ne nous serions pas présentés aux yeux des Britanniques comme ne possédant que ces droits limités. Nous nous serions présentés, indûment, comme détenteurs de la souveraineté dans sa plénitude. Et ç'aurait été ainsi que les Britanniques, trompés par ce mensonge, nous auraient traités comme souverains pléniers.

Cette construction historique — présentée pour la première fois par la Partie adverse dans son contre-mémoire, paragraphes 320 à 323, et

reprise aux paragraphes 299 à 306 de la duplique — ne rencontre pas, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le plus léger appui ni dans les faits ni dans les documents. C'est vraiment une création entièrement artificielle, sans aucun lien avec la réalité.

Pour commencer, le raisonnement du Gouvernement indien part d'une prémisse erronée, car il se base sur la supposition, dont l'inexactitude a été déjà démontrée de manière concluante, que nous n'aurions reçu de la main des Mahrattes que des droits précaires sur la *pargana*.

Ensuite, il n'existe pas le moindre indice documentaire (et la Partie contraire elle-même n'en allègue aucun) de ce que les Portugais auraient été convaincus de posséder sur Dadrà et Nagar-Aveli seulement des droits limités et qu'ils auraient cherché à tromper leurs voisins. Nous n'étions nullement convaincus de n'avoir que des droits *limités* : nous ne l'étions ni ne pouvions l'être, car nous en avions un de nature plénière : la souveraineté.

Jamais du reste personne, avant le Gouvernement indien, n'a contesté, ni même mis en doute, que nous n'ayons acquis des Mahrattes cette souveraineté entière sur les enclaves. Seul le Gouvernement indien — pour la première fois dans toute l'histoire — le conteste dans ce procès.

Au paragraphe 302 de sa duplique il reconnaît bien cette primauté, mais il prétend que c'est parce qu'il ne s'est pas présenté d'autre occasion de le faire auparavant. En réalité, l'occasion se serait présentée toutes les fois que nous avons invoqué le traité ou que nous nous sommes présentés comme souverains des enclaves, et le fait s'est souvent produit — sans cesse, pouvons-nous dire.

Non seulement il n'existe pas le moindre indice d'une mauvaise foi des autorités portugaises, mais il existe au contraire une preuve de leur bonne foi.

Elle se trouve dans la lettre du 11 novembre 1818 du gouverneur de Damão au gouverneur de Bombay, citée à l'annexe indienne C n° 33, I, page 295, et qui commence exactement par la phrase que voici :

« Sans doute, Votre Excellence n'est pas sans savoir qu'aux termes d'un traité, conclu en 1780 entre le gouverneur général de Goa, au nom et de la part du roi de Portugal, et la maison régnante de Poona, Son Altesse Madow Naran Punt Pardan a cédé à la couronne du Portugal la pargana de Nagar-Aveli, située au voisinage de notre ville de Damão ; cette pargana a, depuis lors et jusqu'à présent, été gouvernée par les personnes à qui Sa Majesté Très Fidèle a confié le gouvernement de notre ville et le commandement de sa garnison. »

Il est difficile de concevoir un témoignage plus éloquent de la loyauté de notre comportement.

Aurions-nous agi comme nous le fimes si nous avions voulu tromper les Britanniques, au cas où il y aurait eu matière à le faire ?

Si nous avions été convaincus que le traité luso-mahratte ne nous concédait que des droits limités et si nous avions voulu dissimuler cette réalité, aurions-nous, d'entrée de jeu, appelé l'attention des autorités britanniques sur lui ? Ne l'aurions-nous pas laissé dans l'ombre au lieu de le mettre en pleine lumière comme nous le fimes ?

Nos honorables contradicteurs prétendent, au paragraphe 304 de la duplique, que notre gouverneur se vit forcé d'expliquer comment nous avions acquis les enclaves, et pour ce faire, invoqua le traité, puisqu'il était déclaré dans le sanad mahratte du 26 avril 1799, dont une copie

était jointe à sa lettre, que « le Gouvernement portugais de Goa obtint de ce Gouvernement la *pargana* de Nagar-Aveli dans ce district, pour le ravitaillement de la garnison de Damão ». Mais, en réalité, il n'était pas nécessaire d'expliquer comment nous avons acquis les enclaves — le sanad par lui-même témoignait du fait de l'acquisition —, pas plus qu'il n'était nécessaire d'expliquer, et on ne l'expliqua pas, comment nous avons acquis Damão-littoral.

Nos honorables contradicteurs allèguent encore, au paragraphe 303 de la duplique, que dans sa réponse du 1^{er} mai 1819 le gouverneur de Bombay fit savoir qu'il ne connaissait pas les termes du traité, et que, malgré cela, le gouverneur de Damão, dans sa lettre du 30 mai, tout en se référant à nouveau au traité, n'en envoyait pas copie.

Le fait est parfaitement compréhensible. Dans sa lettre du 1^{er} mai le gouverneur de Bombay promettait de parvenir à satisfaire plus tard la demande portugaise relative au régime fiscal du transit des marchandises. C'est pourquoi, dans sa réponse du 30 mai, le gouverneur de Damão résolut de renoncer à la présentation de toute espèce d'argument, et le dit expressément. Dans cette position, il eût été absurde d'adresser au gouverneur de Bombay de nouveaux documents, que celui-ci du reste ne demandait pas. D'ailleurs, les autorités britanniques avaient en leur pouvoir les archives de l'État mahratte.

Le Gouvernement indien va jusqu'à avancer, dans le contre-mémoire, que les autorités britanniques auraient eu l'impression que nous avons acquis la *pargana* par conquête.

Nouvelle affirmation sans le moindre fondement documentaire. Sans le moindre fondement documentaire ni non plus la moindre vraisemblance.

Notre présence dans la *pargana* était un fait relativement récent, il ne datait que de trente et quelques années. Il y avait donc encore de nombreux témoins vivants de notre prise de possession, pouvant certifier qu'elle ne se fondait point sur la conquête.

Aurait-il d'ailleurs été croyable que les Britanniques imaginassent un fait aussi bizarre que celui d'une acquisition *par la force* contre les Mahrattes de territoires enclavés dans le leur? Comment aurions-nous bien pu mener à bonne fin une conquête aussi extraordinaire et la conserver contre le gré de nos voisins?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement de l'Inde expose les faits dans les termes que j'ai rapportés et réfutés; et de ces faits il tire (par. 320 à 323 du contre-mémoire) la conclusion juridique suivante: les Portugais, en se présentant aux yeux des Britanniques, ignorants de la véritable situation, comme souverains de Dadrá et de Nagar-Aveli, ont en 1818 acquis, par ce subterfuge, cette souveraineté.

Ce dol imaginaire de nos autorités aurait été la source de la souveraineté portugaise sur les enclaves.

Il ne vaut pas la peine que je me prononce sur la valeur de cette thèse juridique — le dol comme source de l'acquisition de la souveraineté —, d'autant plus qu'elle se fonde sur des bases de fait complètement erronées.

Mais le Gouvernement de l'Inde pousse encore plus loin le raisonnement formulé aux paragraphes du contre-mémoire que je viens de mentionner. Il déclare que cette origine supposée de notre souveraineté sur les enclaves serait inconciliable avec un droit, pour nous, de transit par le territoire britannique.

Nous avons — déclare la Partie adverse — acquis ladite souveraineté aux dépens des droits des Britanniques. Car, si nous ne l'avions pas acquise, elle eût appartenu à la Grande-Bretagne en sa qualité de successeur de l'empire mahratte. Nous avons pratiqué une « usurpation de droits ».

Cette usurpation, toujours suivant la thèse de nos éminents contradicteurs, nous avait fait acquérir la souveraineté sur les enclaves mais non le droit de passage à celles-ci.

Il y a là un mystère que je n'arrive pas à percer.

Dès l'instant où la souveraineté sur les enclaves nous a appartenu, nous avons acquis nécessairement aussi le droit d'y parvenir, comme moyen unique de pouvoir y exercer cette souveraineté.

Ni la date de l'acquisition de la souveraineté ni son titre n'importent à cet égard.

Quel qu'ait pu être ce titre, l'idée que nous aurions acquis cette souveraineté en théorie mais non en pratique est un pur non-sens, puisque nous n'aurions pas été assurés de la possibilité de l'exercer.

Et voici comment s'effondre toute l'argumentation des écritures indiennes sur l'origine de notre souveraineté et sur ses corollaires — argumentation d'ailleurs totalement différente de celle qu'a exposée à la barre, dans la séance du 26 septembre 1957, mon estimé collègue sir Frank Soskice, comme on peut le lire aux pages 81 et 85 de la procédure orale. Cette virevolte patente — reconnue par le Gouvernement indien lui-même au paragraphe 300 de sa duplique — est bien significative de la faiblesse de la position adverse.

Il me faut maintenant réfuter un certain nombre d'affirmations contenues dans ce paragraphe de la duplique, dans celui qui le précède et dans celui qui le suit.

L'Union indienne y allègue que le Portugal réclame un droit — le droit d'accès aux enclaves — dont il ne peut être titulaire qu'en vertu d'une souveraineté sur ces mêmes enclaves, et que, donc, il doit prouver l'origine de cette souveraineté.

Le raisonnement n'est pas fondé.

Ce qui est nécessaire à la justification de notre demande, c'est que la souveraineté sur les enclaves nous appartienne, et ceci n'est nullement contesté: c'est un fait parfaitement établi.

L'origine de cette souveraineté, sa provenance, la manière dont nous l'avons acquise dans un passé plus ou moins lointain, sont des questions historiques, dont la réponse est sans intérêt pour ce litige.

Nous invoquons, comme source de cette souveraineté, le Traité lusomahratte de 1779, et nous pensons avoir démontré qu'il nous l'a réellement conférée.

Nous n'invoquons pas d'ailleurs uniquement ce traité, comme on le prétend à tort au paragraphe 300 de la duplique.

C'est ainsi qu'au sujet de la souveraineté portugaise sur les enclaves nous avons écrit en note au paragraphe 163 de la réplique:

« Ce qu'il faut mettre en valeur, c'est que cette souveraineté ne nous est pas déniée. Si nous ne l'avions pas acquise d'une autre façon, nous l'aurions acquise par prescription ou par longue occupation, comme cela résulte clairement des faits et des documents qui sont présentés au dossier. »

Mais, je le répète, il n'est en rien décisif de savoir comment et à quel moment nous avons acquis la souveraineté sur les enclaves. Que nous

l'ayons obtenue par le Traité de 1779, ou en 1818, par une prétendue « usurpation de droits », comme le soutient le Gouvernement de l'Inde dans le contre-mémoire, ou par une longue occupation, comme l'a déclaré sir Frank Soskice dans ses plaidoiries sur les exceptions préliminaires, ou par tout autre moyen, ce qui est sûr, c'est que nous l'avons obtenue et que nous la conservons. C'est là une réalité sur laquelle ne plane pas le moindre doute.

Du reste, le dossier est plein de manifestations de la reconnaissance de cette souveraineté du Portugal sur les enclaves par les occupants successifs du territoire limitrophe et même par le Gouvernement indien.

Le nombre de ces manifestations est considérable, on peut dire incalculable. Cette reconnaissance vaut, en soi, comme preuve de notre souveraineté, et signifie en outre l'acceptation d'une conséquence inhérente à cette souveraineté, soit le droit indispensable, pour la rendre effective, d'accéder aux enclaves.

Le Gouvernement de l'Inde prétend, au paragraphe 299 de la duplique, à propos de l'attitude britannique en face des droits du Portugal, que la Grande-Bretagne ne pouvait nous avoir reconnu un droit de souveraineté sur les enclaves puisque nous n'avions pas acquis ce droit des Mahrattes.

L'argument est un sophisme. En premier lieu, il se fonde sur une pétition de principe, puisqu'il donne pour démontré ce que nous contestons, à savoir que les Mahrattes ne nous ont pas conféré la souveraineté. En second lieu, il méconnaît la signification de la reconnaissance, puisque celle-ci vaut précisément, selon ce qui a été dit, comme preuve du droit. Et en dehors de cela, même si les Mahrattes ne nous avaient pas reconnu ce droit, la Grande-Bretagne aurait toujours pu, elle, nous le reconnaître.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous arrivons maintenant à l'analyse de l'attitude britannique en face de notre droit de transit entre Damão et les enclaves.

L'Union indienne prétend que cette attitude fut de nous refuser ce droit. Or, là non plus, rien dans les faits ni dans les documents ne vient appuyer la thèse du Gouvernement de l'Inde.

D'où ce Gouvernement pense-t-il pouvoir la tirer? De la correspondance échangée entre le gouverneur de Damão et celui de Bombay en 1818/1819, qui commença le 11 novembre 1818 par cette lettre du gouverneur portugais dont j'ai déjà eu l'occasion de lire le début?

Cette correspondance ne possède pas du tout la portée que l'Union indienne tente en vain de lui attribuer.

C'est ce qui, à mon sens, ressort clairement des paragraphes 146 à 157 de notre réplique.

Comme nous l'y faisons remarquer, et cela résulte de la simple lecture de cette correspondance, notre droit de transit entre Damão et les enclaves n'y est pas un seul instant mis en cause. Il y est, au contraire, présumé comme une réalité indiscutable.

Notre gouverneur, au second paragraphe de sa première lettre, exposait très clairement la situation locale de la *pargana* de Nagar-Aveli et la nécessité impérieuse qui en résultait pour les produits agricoles de cette *pargana* (dont cette lettre s'occupait spécialement) de traverser le territoire étranger pour arriver à Damão-littoral.

Les autorités britanniques n'opposèrent pas la plus petite objection ni la moindre réserve à cette affirmation catégorique et elles acceptèrent ainsi que le transit se fit comme imposition d'une nécessité irréfutable et donc comme objet et à titre de droit.

D'après ce qui paraît découler du paragraphe 312 de la duplique, notre droit de passage ne pourrait s'appuyer à la fois sur le Traité de 1779 et sur la nécessité du transit. Mais il n'en est pas ainsi. Cette nécessité est un élément de l'interprétation du traité lui-même, et, d'autre part, son invocation, répétée à chaque pas au cours de l'histoire, représente une manifestation de cette *opinio juris* qui donne à notre droit une base consuetudinaire à ajouter aux principes généraux et aux conventions, comme nous le démontrerons le moment venu. Ce qui est sûr en tout cas, c'est que le droit de transit n'était pas en cause dans la correspondance de 1818/1819. Ce qui était en cause uniquement, c'était un aspect de la réglementation de ce droit.

Quel était en effet l'objet de la correspondance sur laquelle s'appuient nos éminents contradicteurs?

Cet objet était un aspect du régime fiscal du transit entre la *pargana* et Damão. Il s'agissait en résumé de ceci :

Le Traité de 1779 avait été interprété dans le sens de nous concéder, en plus du droit de transit entre Damão et la *pargana*, une exemption douanière en faveur des produits provenant de la *pargana* à destination de Damão. Celle-ci ayant pour fonction traditionnelle le ravitaillement de Damão (fonction qui est la base du transfert de la *pargana* à la souveraineté portugaise), ces produits jouissaient du privilège de ne pas payer de droit douaniers. C'était un avantage supplémentaire, une régle qui s'ajoutait accessoirement au droit de transit. Cette interprétation fut confirmée par des ordres (*sanads*) émanés du souverain de Punem.

Cependant, même au temps des Mahrattes, ce régime avait subi des modifications. En effet, les autorités des deux États avaient conclu entre elles un accord en vertu duquel ladite exemption subsistait, mais seulement pour les produits dont l'origine aurait été attestée par des certificats du gouverneur de Damão. L'exemption absolue qui avait existé primitivement devenait ainsi conditionnée par l'émission de ce document.

Eh bien! que demandait en 1818 le gouverneur de Damão?

Il demandait précisément que nos voisins consentissent à abandonner la pratique des certificats, introduite par le susdit accord luso-mahratte, en rétablissant l'exemption dans sa forme originelle et absolue. Ceci en fonction de la difficulté pratique que de nombreux intéressés rencontraient à obtenir les certificats réclamés.

C'est ce qui résulte de l'exposé du gouverneur de Damão.

L'Union indienne conteste que le Traité de 1779 puisse s'interpréter comme exemptant de droits douaniers le transit des marchandises de la *pargana* en direction de Damão et que les Mahrattes aient confirmé cette exemption par des *sanads*.

Ce n'est pas la peine de discuter ces points, car ils se rapportent à des aspects qui ne concernent pas le droit de transit en soi, mais sa réglementation.

Ce qu'il importe de mettre en évidence, et sur cela il n'y a pas de discussion, c'est que les marchandises en transit entre la *pargana* et Damão-littoral bénéficiaient bien dans la réalité de l'exemption douanière, quelles qu'aient été la nature et la valeur de cette exemption; qu'à un certain moment, encore du temps des Mahrattes, elle fut subordonnée à l'émission de certificats et que notre gouverneur, en 1818, voulait la voir rétablie dans sa forme originelle et absolue.

Quelle attitude prirent les autorités britanniques? Elles promirent de satisfaire plus tard la demande du gouverneur portugais, quand il aurait publié des règlements susceptibles, indépendamment de la formalité des certificats, d'éviter de manière effective l'entrée à Damão, sous le couvert de l'exemption fiscale, de produits non originaires de la *pargana*. Mais elles ajoutèrent que pour le moment on continuerait d'observer cette formalité.

Les Britanniques maintenaient donc le régime déjà en vigueur du temps de leurs prédécesseurs, tel qu'il avait été établi par l'accord lusomahratte susmentionné.

Comment peut-on arriver à inférer de là, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'ils se refusèrent à reconnaître notre droit de transit?

Certes, les autorités britanniques s'attribuèrent-elles la liberté d'accéder ou non à la demande portugaise suivant des raisons de convenance ou d'opportunité.

Mais ceci, remarquons-le bien, ne contient pas la moindre contradiction avec notre droit de transit.

L'existence ou l'inexistence de ce droit n'était d'aucune manière en jeu.

Il ne s'agissait pas de savoir si nous le possédions ou non, si nous le conservions ou le perdions, si les Britanniques nous le reconnaissaient ou nous le déniaient.

Rien de tout cela.

Le droit de transit en lui-même restait en dehors de toute controverse.

Les négociations portèrent sur un aspect restreint de sa réglementation: nous cherchions, pour notre part, à obtenir l'accroissement de l'exemption fiscale dont nous bénéficions.

Étant donné cet objet de la correspondance, on conçoit parfaitement que les autorités britanniques se soient considérées comme autorisées à agir selon leur convenance. Elles étaient là dans un domaine qui leur appartenait, celui de la réglementation du passage. Notre droit à celui-ci n'était nullement affecté par le fait que ladite exemption n'était pas augmentée, comme ce fut le cas, ou était restreinte, voire entièrement supprimée.

Ajoutons que, dans le cas en question, la demande portugaise visait en réalité à modifier le régime en vigueur, puisque son objectif était l'abolition des certificats alors exigés. Il est bien évident que les autorités britanniques auraient toujours eu liberté de ne pas accepter cette modification.

La Grande-Bretagne ne se jugeait pas, ni ne l'était, liée par des privilèges, exemptions ou immunités dont aurait joui notre droit de transit. Mais elle était, et se jugeait, liée par ce droit.

Elle pouvait augmenter ou restreindre les privilèges attachés à celui-ci. Elle pouvait les modifier ou les abolir. Elle pouvait soumettre le transit à telles ou telles modalités, à telles ou telles conditions, à telles ou telles formalités. Elle pouvait, en un mot, l'ordonner et le contrôler.

Ce qu'elle ne pouvait pas, c'était l'interdire ou l'empêcher: car si elle l'avait fait, elle aurait violé une obligation internationale qu'elle avait vis-à-vis de l'État portugais.

Les considérations qui précèdent, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sont, je pense, suffisantes pour démontrer le bien-fondé du point de vue portugais. Il me paraît inutile d'insister sur la façon dont la duplique défigure la version portugaise, car il suffit pour le constater de comparer ce que nous disons avec ce qu'on nous y fait dire. Il ne me

semble pas non plus qu'il y ait besoin d'insister sur tout ce qu'il y a d'illégitime dans le fait de tirer d'une attitude britannique en face d'une simple exemption fiscale l'inexistence de notre droit de transit.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vois davantage à envisager maintenant les faits historiques à la lumière de la distinction, qui a été formulée en son temps, entre le cas général de l'entrée en territoire voisin et le cas particulier du passage à travers ce territoire, suivant un trajet qui relie les différentes parcelles du district de Damão.

Nous savons que la Partie adverse méprise pratiquement cette distinction essentielle.

Elle la méprise au point qu'elle prend le Traité luso-britannique du 26 décembre 1878, qui fut en vigueur du 6 novembre 1879 au 14 janvier 1892, comme axe de son argumentation et de l'exposé des matières relatives à la période britannique, qu'elle divise ainsi en trois phases: phase antérieure au traité (1818-1879); phase du traité (1879-1892); phase postérieure au traité (1892-1947).

Or, en réalité, le traité ne concerne en rien l'existence de notre droit de transit entre Damão et les enclaves, puisqu'il n'en est ni la source ni la base. Il n'a point ce transit, spécifiquement, pour objet: il s'occupe, en général, des relations entre les différents territoires hindoustaniques des deux États, Grande-Bretagne et Portugal.

Le traité n'apporte rien de nouveau quant au fondement du droit d'accès aux enclaves.

Ce droit, nous le possédions depuis environ un siècle, dès l'instant où la *pargana* nous avait appartenu.

Nous le possédions en fonction d'autres sources, principes généraux de droit, coutume générale, troisième Traité de Punem et conventions qui en découlèrent, coutume locale.

Le Traité de 1878 n'est pas intervenu pour créer ce droit. Et par conséquent, quand ce traité cessa d'être en vigueur, ce fait ne nous l'enleva pas.

L'idée contraire, exprimée ou insinuée par le Gouvernement indien, d'après laquelle nous aurions seulement eu un droit de passage — plus ou moins étendu — entre Damão et les enclaves pendant la durée où le Traité de 1878 fut en vigueur, c'est-à-dire pendant le court laps de temps compris entre 1879 et 1892, est le produit d'une confusion.

Elle fait litière de cette vérité: que le particulier prévaut sur le général et que, par conséquent, notre droit de transit entre Damão et les enclaves, comme droit particulier, est indépendant des vicissitudes du Traité de 1878.

Il est évident que ce traité, comme statut général, s'appliquait aussi au transit des personnes et des choses entre Damão et les enclaves, mais seulement dans la mesure où il n'était pas incompatible avec notre droit à ce transit.

Ce ne fut pas ce traité qui nous permit, juridiquement, l'accès à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Mais ceci, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, n'empêchait pas que le régime général contenu dans le traité ne s'appliquât aussi au transit entre Damão et les enclaves, quand il n'était pas en opposition au but de ce transit et au droit afférent. Ce droit sauvegardé, il ne s'agissait plus que d'un problème de réglementation, de détermination de conditions extérieures, et il n'y avait pas d'obstacle à ce que ces

conditions fussent les mêmes dans le cas de l'accès et dans celui du transit.

Examinons rapidement, dans cet ordre d'idées, les dispositions du traité les plus intéressantes pour notre démonstration.

Les quatre premiers articles du traité conignent, entre autres points, la faculté dans l'Hindoustan, pour les sujets de chacun des États et pour les marchandises expédiées ou transportées par eux, d'entrer sur le territoire de l'autre.

Il y a là reconnaissance d'un droit général d'entrée. Ce droit, évidemment, a sa source dans le traité et son sort est lié au sort de celui-ci. Mais le droit aux communications entre Damão et la *pargana*, d'après ce que nous avons déjà exposé, se distinguait de lui par le caractère particulier de son origine et de son objet.

D'autre part, l'article 7 du traité déclare abolis tous les anciens droits douaniers perçus sur les frontières des territoires des deux États dans l'Hindoustan. Une exemption fiscale, une immunité douanière, s'institua ainsi, qui — de par sa qualité de privilège, ne contrariant pas, mais renforçant au contraire le droit de transit — put s'appliquer à ce droit comme il s'appliquait au droit d'entrée.

Le statut général ne cesse d'être observé que dans l'étroite mesure où il est incompatible avec le statut spécial, et dans ce cas, une telle incompatibilité n'existe pas.

Considérons en dernier lieu l'article 18 du traité.

Cet article se réfère successivement à la police (alinéa 2), à la force armée (alinéa 3) et aux armes (alinéa 4). Pour simplifier, je désigne sous cette forme résumée le contenu de l'article, mais il est certain qu'en rigueur l'alinéa 2 de cet article comprenait aussi, en plus des autorités de police, les autorités fiscales et judiciaires, et l'alinéa 4, en plus des armes, les munitions et les équipements militaires.

Quant à la police, l'article cité disait à l'alinéa 2 que les autorités de l'une des Parties contractantes pouvaient traverser les frontières et entrer sur le territoire de l'autre « à la poursuite des criminels et des individus qui se livrent à la contrebande ».

Ce précepte semble signifier que, selon le régime général établi par le traité, la police ne pouvait traverser la frontière qu'à la poursuite de criminels, contrebandiers inclus. En dehors de ce cas, la police ne pouvait la traverser. Il s'agissait là d'une défense absolue. Ce franchissement ne pouvait avoir lieu même avec le consentement des autorités de l'État sur le territoire duquel la police voulait entrer, puisque le traité ne permettait pas la délivrance de ce consentement.

Si telle était la véritable signification de l'alinéa 2 de l'article 18, cet alinéa se trouvait inapplicable au transit entre Damão et les enclaves. Sur ce point le régime spécial était inconciliable avec le régime général et prévalait de ce fait sur celui-ci.

On voulait que l'entrée, en général, de la police d'un État sur le territoire de l'autre ne pût se produire qu'en cas de poursuite de criminels. Mais c'eût été un non-sens, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de soumettre à cette condition les déplacements de la police portugaise entre Damão et la *pargana*. Ceci n'eût pas été compatible avec la nécessité de rendre possible l'exercice régulier de la souveraineté portugaise sur les enclaves.

Et, en réalité, les mouvements de la police portugaise entre les différentes parcelles du district de Damão s'exécutèrent, même pendant

l'application du Traité de 1878, de manière régulière et continue, afin d'assurer l'ordre dans les enclaves, et non pas seulement dans les cas sporadiques d'une poursuite de criminels qui n'auraient suivi ce trajet que par une étonnante coïncidence.

Mais supposons, à titre de raisonnement, que, selon le Traité de 1878, la police eût pu traverser la frontière, même hors du cas de poursuite de criminels, à condition d'y avoir été autorisée par l'État sur le territoire duquel elle prétendait pénétrer. Il y aurait eu là exigence d'un permis préalable.

Cette exigence aurait-elle pu être considérée comme extensible au transit Damão-enclaves sans que notre droit à ce transit nous fût dénié?

Elle l'aurait pu sans aucun doute.

Elle l'aurait pu, car rien n'empêche que le statut général s'applique à la réglementation extérieure du droit de passage, dans la mesure où il y a compatibilité entre le régime que ce statut établit et ce droit. Les conditions extrinsèques d'entrée et de transit peuvent coïncider dès qu'elles ne se présentent pas comme inconciliables avec ce transit.

Or, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'exigence du permis préalable pour les manifestations concrètes du droit de passage n'est, en aucune manière, incompatible avec l'existence de ce droit.

Je reviendrai plus loin sur ce point, qui se trouve d'ailleurs déjà exposé et démontré dans la réplique. Mais j'ai voulu l'énoncer dès maintenant, car il éclaire tout à fait un point de mon raisonnement.

En résumé: ou bien l'on entend, selon le Traité de 1878, que l'entrée en général de la police dans des États sur le territoire de l'autre était absolument interdite, hors du cas de poursuite de criminels, ou bien l'on entend qu'elle était possible, même en dehors de ce cas, grâce à un permis préalable. Dans la première hypothèse le traité n'aurait pas été appliqué, sous cet aspect, au transit Damão-enclaves, et ceci constituerait un argument en faveur de notre droit de passage. Dans la seconde hypothèse, l'application du traité à ce transit ne constituerait pas un argument contre ce droit. Dans un cas, la démonstration de l'existence du droit serait confirmée ou renforcée; dans l'autre, elle ne serait pas entamée.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive maintenant à l'examen de l'alinéa 3 de l'article 18 du Traité de 1878, relatif à la force armée.

Selon le dispositif de cet alinéa, la force armée d'une des parties contractantes pouvait pénétrer sur le territoire de l'autre dans une des trois catégories d'hypothèses suivantes:

- dans les cas spécifiés dans les traités antérieurs;
- pour se prêter un mutuel secours, dans les conditions établies par le Traité de 1878 lui-même;
- en conséquence d'une demande formelle adressée à l'autre partie par celle qui désirait l'entrée.

Les deux premières catégories d'hypothèses n'ont pas d'intérêt pour cette affaire. Considérons donc seulement la dernière.

La rédaction du traité, en ce qui concerne cette dernière catégorie, est d'ailleurs d'une signification douteuse.

A-t-on en vue la demande de l'État sur le territoire duquel la force armée entrerait ou la demande de l'État auquel appartient la force?

C'est-à-dire: l'article soumettait-il l'entrée de troupes de l'un des États sur le territoire de l'autre à la condition que ce dernier l'eût sollicitée ou

soumettait-il cette entrée à la sollicitation du premier, suivie de l'autorisation du second?

L'idée qu'une sollicitation de l'État, sur lequel l'entrée devait avoir lieu, serait nécessaire, peut s'expliquer peut-être par l'histoire de l'article 18.

L'alinéa 3 de cet article, en effet, dut son origine au texte suivant proposé par le Gouvernement portugais, comme cela ressort de la lettre du 17 décembre 1876 de M. Morier, ministre de Grande-Bretagne à Lisbonne, au comte de Derby, secrétaire d'État des Affaires étrangères à Londres, insérée à l'annexe indienne F n° 54 :

« ... la force armée d'un pays ne pourra pas entrer dans l'autre sans qu'elle soit dûment réclamée par l'autorité compétente pour les buts spécifiés dans ce traité ou dans les traités antérieurs et nommément dans le Traité de 1661 ».

La demande formelle qui devenait nécessaire aurait donc dû partir de l'État sur le territoire duquel les troupes pénétreraient.

Mais si telle était bien la signification de cet écrit, il aurait été manifestement inapplicable au transit Damão-enclaves. Et, en réalité, le passage de nos troupes par ce trajet ne dépendit jamais (et qu'il en eût été autrement n'aurait pas eu de sens) d'une invitation ou d'une réclamation de la Grande-Bretagne. D'où l'on peut tirer argument en faveur de l'existence de notre droit, argument basé sur le fait que le statut général ne s'applique que dans la mesure où il n'est pas en contradiction avec ce droit.

Raisonnons maintenant sur la base d'après laquelle la signification légitime de l'alinéa 3 de l'article 18 aurait été différente: cet alinéa ne s'opposerait pas à ce que les forces d'un pays entrassent sur le territoire de l'autre quand elles le lui demanderaient et que les autorités de cet autre pays lui en auraient donné la permission.

Il y aurait eu, ainsi, exigence de permis préalable et on pourrait se demander si cette exigence était applicable et si, en réalité, elle fut appliquée au transit Damão-enclaves.

Le point est réellement sans intérêt pour notre affaire.

Il est sans intérêt puisque nous savons déjà que le besoin d'un permis pour les manifestations concrètes de l'exercice du droit de passage n'est nullement incompatible avec l'existence de ce droit.

En rigueur, il est donc inutile de vérifier s'il était ou non nécessaire, en vertu du Traité de 1878, d'obtenir un permis des autorités britanniques, chaque fois que l'on voulait envoyer des forces armées de Damão aux enclaves ou vice-versa. Même si la réponse était affirmative, il s'agirait purement et simplement d'un aspect de la réglementation du transit, compatible avec un droit à celui-ci basé sur d'autres fondements.

Dans la réalité des faits — à bon droit ou non — la formalité du permis préalable ne fut pas observée par rapport à ce transit. Et les forces armées portugaises se déplacèrent entre Damão et les enclaves sans en être munies.

C'est ce que nous avons dit dans notre réplique, en constatant au paragraphe 144 que ce transit se faisait dans des conditions différentes de celles établies par le traité, et en énonçant, dans le même paragraphe, 23 cas survenus entre 1880 et 1889 à l'appui de cette affirmation. Rien de tout cela, d'ailleurs, n'a été nié par l'Union indienne: non seulement elle ne le contesta pas, mais au contraire tomba d'accord (par. 288 de sa

duplique) que dans ces 23 cas le passage avait eu lieu sans permis préalable et elle n'a présenté aucun autre cas dans lequel ce permis aurait été demandé.

Alors, les faits allégués se seraient-ils produits en violation du traité?

Le Gouvernement indien, aux paragraphes 289 à 298 de la duplique, prétend que oui, en se basant sur la correspondance échangée entre les autorités britanniques et portugaises.

C'est-à-dire que, selon cette interprétation, soi-disant conforme au sens de la correspondance, le cas même du transit entre Damão et les enclaves aurait dû, légalement, être assujéti au permis.

Il ne vaut pas la peine de discuter la valeur de cette interprétation, pour les raisons déjà exposées. Nous acceptons, en effet, que le statut *général*, en tant que *général*, s'applique à la réglementation du droit de transit, en tout ce qui ne s'oppose pas à ce droit; or l'exigence de la formalité administrative du permis préalable ne s'y oppose pas.

L'analyse de la correspondance en question perdant, de ce fait, tout intérêt, je ne m'y attacherai pas.

Je ne peux cependant éviter de formuler, au sujet de cette correspondance, les observations suivantes:

La lettre du gouverneur de Goa, en date du 22 décembre 1890 (annexe indienne F n° 53), sur laquelle le Gouvernement de l'Inde s'appuie surtout, doit être considérée à la lumière de la préoccupation qui visiblement la domine: apaiser les autorités britanniques. C'est une réponse à une lettre du 8 décembre du gouverneur de Bombay, dans laquelle transparaît très nettement un désir de représailles contre nous, à la suite du désarmement auquel, peu de temps auparavant, avaient été soumis sur notre territoire quelques cipayes (soldats indigènes) venus de Ratnagiri en territoire britannique.

D'autre part, il faut bien considérer comme résultant d'une équivoque plusieurs des affirmations contenues dans la lettre du gouverneur de Goa en date du 22 décembre 1890, car il ressort de toutes les preuves qu'elles ne correspondent nullement à la réalité. C'est le cas, notamment, de l'affirmation selon laquelle les troupes portugaises n'auraient jamais traversé le territoire britannique sans autorisation préalable et que cette pratique aurait été suivie depuis des siècles. Que, sur ce point, le gouverneur de Goa ait fait une confusion, c'est ce que prouvent les 23 cas plus haut rapportés.

D'ailleurs, le gouverneur, semble-t-il, ne prétendait pas faire allusion à un permis exigé, sur le plan international, en vertu du Traité de 1878. Il se référait au permis prévu, dans le service intérieur, par les règlements militaires portugais et qui consistait en une autorisation sollicitée, par déférence, de tout commandant de place, poste fortifié ou division territoriale qu'une force devait traverser. C'est à cette autorisation réglementaire que le gouverneur se réfère expressément au 4^{me} paragraphe de sa lettre.

L'allégation de la Partie adverse, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, contenue au paragraphe 293 de la duplique, d'après laquelle les fonctionnaires portugais auraient intentionnellement dissimulé au gouverneur de Goa le manque de permis dans le transit Damão-enclaves, et auraient tout mis en œuvre pour éviter que ce fait fût porté à la connaissance de leurs supérieurs par les fonctionnaires britanniques, est purement conjectural et inconsistant. Comment aurait-il pu y avoir intention de cacher un fait patent qui s'est renouvelé à plusieurs reprises?

Et qu'aurions-nous bien pu faire, de notre côté, pour éviter qu'il fût porté à la connaissance des autorités britanniques?

Observons, pour finir, qu'il n'y a rien de surprenant à ce que le gouverneur de Goa, dans sa lettre du 22 décembre 1890, n'ait pas invoqué expressément notre droit de transit. Cette invocation n'était nullement nécessaire, puisque notre droit n'était pas en danger, ni même en cause. Il ne s'agissait pas, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de refuser le passage ou de le rendre impossible, mais seulement de le subordonner à une formalité comme élément ou aspect de sa réglementation.

Ceci justifie ce que nous avons déjà dit, à savoir que la question est véritablement sans intérêt, car elle ne concerne pas l'existence ou l'inexistence du droit de transit, mais seulement une particularité ou une modalité de son régime.

[Audience publique du 28 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pendant la dernière séance, j'ai parlé de l'entrée de la police et des troupes du Portugal sur les territoires hindoustaniques de la Grande-Bretagne et vice-versa, durant la période où le Traité de 1878 fut en vigueur. Nous avons vu que, selon l'interprétation adoptée, cette entrée ou bien avait lieu dans des conditions incompatibles avec le transit Damão-enclaves, ou bien dans des conditions compatibles avec celui-ci, quoique moyennant l'obtention d'une licence préalable. La première interprétation vient à l'appui de notre thèse de l'existence d'un droit de passage, puisque lesdites conditions incompatibles avec ce transit ne furent jamais appliquées, justement pour la sauvegarde de ce droit. La seconde interprétation ne renforce pas notre thèse, mais elle ne l'affecte pas non plus, puisque l'exercice du droit de transit peut parfaitement être conditionné par l'obtention d'une licence spéciale pour chaque cas.

Je vais maintenant traiter d'une matière connexe avec les précédentes: le transit d'armes, soit pendant que le Traité de 1878 fut en vigueur, soit après. De cette question, le Gouvernement portugais s'occupe aux paragraphes 236 à 246 de sa réplique.

En vertu de la règle 7 A, publiée en 1880 par le Gouvernement de l'Inde britannique en accord avec le Gouvernement de l'Inde portugaise, et en exécution de l'article 18, alinéa 4, dudit traité, le régime suivant relatif à la circulation des armes, des munitions et de l'équipement militaire entre les territoires des deux États fut mis en vigueur:

L'entrée dans l'Inde britannique était purement et simplement interdite. Il s'agissait d'une interdiction absolue, expressément consignée à l'alinéa *a*) de la règle 7 A.

Quant à l'entrée dans l'Inde portugaise, elle était interdite aussi, mais seulement en principe, puisque l'alinéa *b*) de la règle 7 A — à la différence de l'alinéa *a*) — prévoyait et réservait le cas où le matériel serait destiné à l'usage exclusif de nos autorités ou serait l'objet d'un permis spécial d'importation délivré par celles-ci.

Ce qui signifiait que le matériel provenant de l'Inde britannique pourrait, exceptionnellement, dans ces cas, pénétrer en territoire portugais.

Mais en vertu du régime exposé, concrétisé dans la règle 7 A, le matériel en provenance de l'Inde portugaise ne pouvait entrer en territoire britannique.

Les autorités de l'Inde britannique ne pouvaient même pas autoriser cette entrée par une licence spéciale d'importation.

Une telle autorisation aurait contrevenu au dispositif de l'alinéa *a*) de la règle 7 A, comme cela ressort clairement de sa confrontation avec celui de l'alinéa *b*), qui dans le cas contraire, celui de l'entrée en territoire portugais, prévoyait un permis spécial de nos autorités.

Les documents relatifs à l'histoire et à l'application de la règle 7 A conduisent à la même conclusion. Nous en citerons quelques-uns, dans leur traduction.

Lettre du 17 octobre 1879 du gouverneur de Bombay au secrétaire du Gouvernement de l'Inde britannique (annexe indienne F n° 70):

« Toute importation d'armes, etc.,... devrait être absolument interdite. »

Lettre du 3 novembre 1879 du gouverneur général de l'Inde portugaise au gouverneur de Bombay (annexe indienne F n° 70):

« ... Pour le moment, il est conseillable d'interdire absolument l'exportation d'armes de munitions et d'équipements militaires de l'Inde portugaise en direction d'un quelconque district de l'Inde britannique. »

Lettre du 16 décembre 1879 de Crawford, délégué britannique, à Aguiar, délégué portugais (annexe n° 100 de la réplique):

« Le Gouvernement de l'Inde donne son accord à la proposition ayant en vue la prohibition absolue de l'exportation d'armes, munitions et équipements militaires en provenance de l'Inde portugaise et destinés à l'Inde britannique ou aux États indigènes. »

Avis d'un fonctionnaire britannique (annexe indienne C n° 64):

« L'importation de matériel militaire du territoire portugais à destination du britannique est absolument interdite... »

À l'époque de la dénonciation du Traité de 1878, l'alinéa *b*) de la règle 7 A, relatif à l'entrée en territoire portugais, devint sans effet. Mais l'alinéa *a*) de la même règle, relatif à l'entrée en territoire britannique, resta en vigueur. Et un dispositif identique fut incorporé dans les *Indian Arms Rules* de 1900, 1924 et 1951.

Or, ce régime d'interdiction absolue d'entrée dans l'Inde britannique aurait pu affecter l'exercice effectif de notre souveraineté sur les enclaves s'il avait été considéré comme applicable aussi au transit pour s'y rendre.

Mais il n'en fut pas ainsi.

Le régime prohibitif consigné dans le Traité de 1878, dans la règle 7 A de 1880 et dans les *Indian Arms Rules* successifs était le régime général appliqué à l'entrée en territoire britannique.

Sur lui prévalait nécessairement un régime non prohibitif de nature particulière, comme celui applicable au transit entre Damão, Dadrá et Nagar-Aveli.

On le comprit ainsi et on agit en conséquence, comme le relatent les paragraphes 242 et 243 de notre réplique.

Et nous pûmes, de la sorte, dans l'exercice de notre droit d'accès, expédier dans nos enclaves le matériel indispensable pour y maintenir l'ordre.

Ces envois avaient donc lieu malgré l'interdiction générale, qui d'ailleurs en tant qu'interdiction générale (inapplicable au cas des enclaves) restait absolue.

L'avis des autorités britanniques elles-mêmes, présenté aux paragraphes 242 et 243 de la réplique, élucide bien la question.

Ces autorités — en plein accord avec les nôtres — précisaient que pour aller de Damão à Nagar-Aveli, il était nécessaire de traverser le territoire britannique, voulant par là signifier que, ce passage étant nécessaire, il n'était pas licite aux Britanniques de s'y opposer.

Ils soulignaient en outre que, malgré le caractère absolu de l'interdiction du transfert d'armements de l'Inde portugaise à l'Inde britannique, cette interdiction ne devait pas faire obstacle au transit entre Damão et Nagar-Aveli, attendu que dans ce cas l'importation ne représentait que les préliminaires d'une exportation immédiate. C'est ce que nous lisons dans l'avis déjà cité de R. E. Holland du 12 janvier 1915.

Dans un autre rapport, on admettait que le cas fût traité de façon spéciale — *specially* — comme il le fut en effet.

Dans un autre encore, on écrivait: « On doit, à mon avis, accéder à cette demande. »

Ces rapports reçurent l'approbation des autorités britanniques supérieures.

Tout ceci, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, corrobore pleinement ce que je viens de soutenir.

L'armement militaire devait passer, comme il passait en effet, entre Damão et les enclaves, malgré l'interdiction absolue d'entrer en Inde britannique, car cette interdiction ne constituait que le régime général, et ne visait pas ce passage, qui, étant donné son caractère nécessaire, devait être traité de façon particulière.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cet exposé d'ensemble sur le problème du transit des armes terminé, arrivons-en à la réfutation de quelques-uns des contre-arguments formulés par la Partie adverse aux paragraphes 404 à 414 de sa duplique.

Il faut remarquer, avant d'aller plus loin, que le Gouvernement de l'Inde continue à y décrire de façon erronée, comme il l'avait fait dans les écritures précédentes, le régime défini dans la règle 7 A. C'est là une des inexactitudes parmi toutes celles que nous avons signalées en bloc au paragraphe 135 de la réplique.

Le Gouvernement de l'Inde, en effet, affirme sans aucune explication ou justification que l'entrée en territoire britannique d'armes provenant du territoire portugais était conditionnée à l'autorisation de l'administration britannique.

Or, nous avons déjà vu qu'il n'en était point ainsi, car il existait une interdiction absolue, prouvée, sans aucune espèce de doute, par les termes mêmes de la règle 7 A et par les documents relatifs à son histoire et à son application.

Mais si, par hypothèse — hypothèse non vérifiée —, cette règle devait s'interpréter comme rendant possible l'entrée de l'armement en territoire britannique, au moyen d'une permission de ses autorités, et si elle avait été applicable, avec cette portée, au transit Damão-enclaves, on ne pourrait en tirer argument contre nous. Car nous savons déjà que le fait de soumettre le passage à telle ou telle condition — comme par exemple l'obtention dans chaque cas particulier d'une autorisation préalable — n'exclut pas l'existence du droit de passage.

Un autre point sur lequel le Gouvernement indien, une fois encore, commet une inexactitude, est celui qui se rapporte aux conditions dans lesquelles fut formulée la règle 7 A. La question en elle-même a peu d'importance, mais je désire malgré cela y faire une brève référence, car elle illustre bien le fait que la Partie adverse nous impute souvent des opinions que nous ne soutenons pas.

Le Gouvernement portugais, après avoir signalé que l'alinéa *a*) de cette règle avait été établi par accord entre les autorités des deux États, et après avoir émis l'idée, en termes dubitatifs, qu'elle paraissait même avoir été le résultat d'une proposition du délégué portugais, écrivait au paragraphe 241 de la réplique :

« Or, est-il croyable que le Portugal ait proposé ce régime strictement prohibitif, ou y ait d'une manière quelconque souscrit [je répète, « *ou y ait d'une manière quelconque souscrit* »], si celui-ci avait pour but de régir aussi le transit entre Damão et les enclaves? Comment le Portugal aurait-il pu suggérer ou accepter une solution dont le résultat aurait été l'impossibilité pour lui d'envoyer à Nagar-Aveli les armes, munitions ou équipements nécessaires au maintien de l'ordre dans ces terres portugaises? Ceci prouve bien qu'en formulant la règle 7 A, on esquissait une solution d'ordre général, inapplicable au cas spécial de nos enclaves. »

Tel est l'argument portugais.

Sous quelle forme le Gouvernement indien le reproduit-il et le critique-t-il?

En nous imputant, au paragraphe 405 de la duplique, l'affirmation que l'alinéa *a*) de la règle 7 A ne pouvait avoir la signification que le Gouvernement de l'Inde lui attribuait, car, s'il l'avait eue, le Gouvernement du Portugal ne l'aurait pas proposé. Et ajoutant :

« l'unique réponse à cet argument est que cette règle 7 A, alinéa *a*), n'a pas été proposée par le Gouvernement du Portugal ».

On voit combien notre pensée est mal interprétée.

Notre supposition que le texte était sorti d'une proposition portugaise n'était qu'une incidente en aucun cas décisive. Pour notre raisonnement, il suffisait de la circonstance que nous mettions en relief, à savoir : la règle 7 A avait été formulée avec notre accord ; ceci qu'elle provint ou non d'une proposition portugaise. Or cet aspect essentiel le Gouvernement de l'Inde a complètement omis d'en faire état dans son argumentation.

D'ailleurs, même en présence de la nouvelle correspondance produite par ce Gouvernement, je dois maintenir notre affirmation qu'il y eut une proposition portugaise. La suggestion initiale de l'interdiction absolue partit du Gouvernement de Bombay, comme semble le prouver cette nouvelle correspondance. Mais la proposition formelle fut faite par le gouverneur de Goa, dans l'extrait, que j'ai reproduit, de sa lettre du 3 novembre 1879. Et c'était à cette proposition que Crawford voulait se rapporter dans sa lettre, aussi citée. Au demeurant, la question est secondaire, et ne vaut pas la peine qu'on y insiste.

D'autre part, le Gouvernement indien veut soutenir que l'armement circulait entre Damão et les enclaves par pure concession gracieuse.

Cette affirmation est gratuite et n'a aucune espèce d'appui documentaire ; au contraire, elle se montre en opposition complète avec la docu-

mentation mentionnée aux paragraphes 242 et 243 de la réplique, résumée plus haut.

L'énumération de certains cas évoqués au paragraphe 409 de la duplique n'a pas plus de valeur.

Au paragraphe 240 de notre réplique déjà, nous admettions qu'il ait pu y avoir d'autres cas particuliers en dehors de celui relatif au transit Damão-enclaves. C'est ainsi que nous disions :

« ... le régime exposé, résultant du Traité de 1878 et de l'alinéa a) de la règle 7 A, constituait un régime général... Un régime particulier devait forcément avoir la primauté sur lui : par exemple un régime applicable au transit entre Damão et les enclaves. »

Le cas de ce transit n'était signalé qu'à titre d'exemple.

Les quatre hypothèses citées par la Partie adverse s'expliquent d'ailleurs facilement à la lumière des idées exposées. Dans les deux premières, toutes deux de 1894, l'une concernant la dynamite et l'autre la poudre, on a entendu que la loi applicable n'était pas vraiment l'*Arms Act*, mais bien l'*Explosives Act*, et l'on a considéré, en outre, qu'il y avait des raisons particulières justifiant un régime spécial. On a entendu que ces raisons existaient aussi quant aux deux dernières hypothèses, toutes deux de 1913, l'une du fait de son importance fort réduite (il s'agissait d'envoyer réparer un fusil à Bombay), l'autre du fait de son but (faire parvenir à Diu du soufre réclamé pour lutter contre une épidémie de peste).

Je voudrais encore, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au sujet du Traité de 1878, faire ressortir que la conclusion formulée au paragraphe 298 de la duplique, selon laquelle l'histoire du traité révélerait qu'on ne jugeait pas le Gouvernement portugais en possession d'un droit de transit quelconque par le territoire britannique, n'est, en aucune manière, licite.

Que démontre, en effet, l'histoire de ce traité?

Elle démontre que le désir de notre Gouvernement était d'obtenir une clause de garantie, par laquelle la Grande-Bretagne s'engagerait à défendre notre territoire contre des agressions extérieures et à ne pas y faire pénétrer de forces armées sans notre invitation ou demande, ou tout au moins (conformément à l'interprétation qu'on adoptera) notre consentement. Parallèlement, les forces portugaises non plus ne pourraient pénétrer en territoire britannique sinon sur l'invitation ou demande, ou tout au moins grâce à une licence des autorités de ce territoire.

La véritable interprétation est-elle la première — besoin d'une invitation ou demande?

Nous serions alors en face d'un régime inapplicable au transit Damão-enclaves et qui effectivement ne lui fut pas appliqué. Le fait que le traité, dans la lettre, n'exclut pas ce transit n'empêche pas que celui-ci puisse être soustrait à sa portée — comme du reste l'Union indienne elle-même le reconnaît — en vertu d'un régime spécial découlant d'une quelconque des sources du droit international.

La véritable interprétation est-elle la seconde — possibilité d'entrée dans notre territoire en tout cas moyennant une licence?

Dans ce cas l'application du traité au transit excluerait, non pas notre droit, mais uniquement une immunité. L'exercice de ce droit ne serait pas exempt de l'obtention d'un permis préalable — et c'est tout.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois bon de m'arrêter un peu sur un point déjà effleuré qui est le suivant :

Le cas général de l'entrée et de la circulation sur le territoire voisin, soit de personnes, soit de choses, et le cas spécial de la traversée de ce territoire, suivant le trajet Damão-enclaves, obéirent à différentes époques, sous certains aspects, au même conditionnalisme extérieur, c'est-à-dire à la nécessité de respecter les mêmes formalités.

Dans les deux cas, il fallait payer les mêmes droits douaniers, faire la même communication préalable ou subséquente, il fallait obtenir le même permis administratif, ou le même passeport, ou le même visa. Rien là ne détruit ni même n'affecte, ni de près ni de loin, la position portugaise.

Peu importe que les modalités ou conditions soient identiques, dans le cas de l'accès au territoire voisin et dans celui de l'accès aux enclaves, pourvu que ce dernier accès soit autorisé dans des termes compatibles avec sa finalité. Même ainsi, il y aura une différence d'essence entre les deux situations.

Dans la première, le Portugal ne pourra pas invoquer un droit, ne pourra réclamer l'accès comme une obligation de l'État voisin ; mais, dans la seconde, ce droit lui appartient. Dans la première, l'État voisin pourra légitimement refuser l'accès ; dans la seconde, non. Cette différence de substance est ce qui compte à ce sujet.

Il est sans aucun intérêt que l'accès — qu'il résulte d'une pure tolérance de l'État local (cas général) ou de l'accomplissement d'un devoir lui incombant (cas des enclaves) — obéisse éventuellement à une même discipline extérieure. De sorte que la Partie adverse ne peut nullement tirer argument de l'uniformité de la réglementation qui a existé pendant certaines périodes et sous certains aspects.

En un mot, l'identité de conditions extrinsèques, relativement à l'entrée dans le territoire voisin et au transit Damão-Nagar-Aveli ou Dadrá, n'infirmé en rien la thèse portugaise. Cette identité, d'ailleurs, n'a pas toujours existé. Bien loin de là.

En effet, dans l'histoire, et particulièrement dans la période britannique, nous constatons à chaque instant une différence de régimes dans les deux cas. Cette différence est tantôt imposée par une raison de *nécessité*, tantôt par une raison de *convenance*.

Elle obéit à une raison de *nécessité* lorsque, sans elle, notre droit d'accès aux enclaves risquerait d'être lésé ou affecté du fait d'un manque d'accord du régime général avec ce droit.

Elle obéit à une raison de *convenance* quand, sans que ce manque d'accord existe, on veut, par un régime spécial, simplement *renforcer* ledit droit en lui conférant des avantages supplémentaires qu'il ne posséderait pas autrement.

J'ai déjà cité quelques cas dans lesquels le régime particulier s'est inspiré d'une idée de *nécessité*, celui, par exemple, du transit de forces de police et de troupes pendant la période où le Traité de 1878 fut en vigueur (selon une certaine interprétation de ce traité), et celui du transit des armes pendant la période où la règle 7 A et les *Indian Arms Rules* furent appliquées.

Je vais rappeler maintenant d'autres cas où le régime spécial s'est simplement inspiré d'une notion de *convenance*. Je me bornerai à certaines indications très succinctes, car la matière a été déjà largement versée au dossier et parce qu'elle n'a pas, en réalité, d'intérêt en ce qui concerne le litige comme on l'a suffisamment démontré.

Je me dispenserai donc de suivre le Gouvernement indien dans l'analyse des nombreux détails qu'il dissèque et des questions qu'il soulève. Je m'en tiendrai aux grandes lignes.

Tandis que le passage de marchandises à la frontière britannique jouxtant Damão était en général soumis à des taxes douanières, celui des produits agricoles en provenance de Nagar-Aveli bénéficia, à certaines époques, d'un régime différent.

Il s'agissait d'une exemption fiscale concédée par nos voisins pour *renforcer* notre droit de transit par un avantage, d'ailleurs non essentiel, qui rendait moins onéreuse l'arrivée à Damão des produits de la *pargana* destinés à la consommation de cette place. Cette exemption — qui au début de la période mahratte avait revêtu un caractère absolu et qui fut plus tard conditionnée par l'octroi d'un certificat d'origine du gouverneur de Damão — se maintint pendant la période britannique avec ce caractère. C'est ce qui ressort de la correspondance de 1818-1819, à laquelle j'ai déjà eu l'occasion de me rapporter.

Ladite exemption est restée en vigueur jusqu'en 1848. A cette date, les autorités britanniques l'abolirent sous le prétexte que la pratique avait prouvé que le système des certificats n'était pas de nature à éviter des abus de part ni d'autre. L'exemption ne fut maintenue que pour les articles destinés à l'usage personnel du gouverneur de Damão.

Plus tard, en 1861, l'exemption fut rétablie dans son étendue traditionnelle, jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de 1878.

Pendant le temps où ce traité fut appliqué, c'est-à-dire de 1879 à 1892, la distinction entre le régime général et le régime spécial disparut sous cet aspect purement extrinsèque de perception de droits, puisque les frontières douanières entre l'Inde portugaise et l'Inde britannique avaient été totalement abolies. Si les marchandises passaient d'un territoire dans l'autre sans payer de droits, quelle que fût leur origine et leur destination, à plus forte raison n'en paieraient-elles pas quand elles provenaient de Nagar-Aveli et étaient acheminées vers Damão.

Quand ce traité cessa d'être en vigueur, l'exemption tomba. Mais elle reentra en activité de 1893 à 1895, en ce qui concerne le riz qui, produit à Nagar-Aveli, était expédié à Damão sous couvert d'un certificat du gouverneur. Elle reparut encore à partir de 1945, dans le système des certificats, pour les produits de la *pargana* en général. Tout ceci pour ce qui concerne les marchandises.

D'autre part, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le passage des personnes entre Damão et les enclaves bénéficia lui aussi, à certaines époques et à certains points de vue, d'un régime spécial inspiré par une raison de *convenance*, qui était de le rendre plus commode et plus facile.

Par exemple, à partir de 1935, les formalités du passeport et du visa devinrent exigibles pour les étrangers pénétrant dans l'Inde britannique par la frontière terrestre. Cette exigence était applicable à la généralité des fonctionnaires européens portugais, mais elle ne l'était pas à ceux qui voyageaient en transit entre Damão et Nagar-Aveli. Ce n'est que fin 1953, donc déjà en pleine période post-britannique ou de l'indépendance, que cette dernière catégorie de fonctionnaires fut assujettie aux dites formalités.

Il y eut là un régime spécial, qui resta en vigueur pendant un certain nombre d'années au bénéfice exclusif de nos liaisons avec les enclaves et qui se traduisait par la dispense de passeport et de visa.

Le transit des éléments armés entre Damão et les enclaves se fit, lui aussi, à certaines époques dans des conditions extrinsèques plus favorables que celles exigées pour l'accès aux territoires voisins, en général, de ces éléments.

Il ne s'agit plus là de la phase du Traité de 1878 au sujet de laquelle je me suis déjà expliqué.

L'examen des documents mène à la conclusion que, pendant certaines périodes, le permis qui était exigé dans le cas général de l'entrée dans le territoire de l'un des États était inutile en cas de transit entre les territoires des districts de Damão.

Ce fut ce qui arriva, notamment, pendant la période où les dispositions de l'accord de 1940 furent appliquées: en fonction de celui-ci, les forces portugaises de police armée pouvaient circuler entre Damão et Nagar-Aveli, par détachements de dix agents au maximum, sans qu'il fût besoin de permis préalable.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'il me soit permis de faire remarquer, une fois de plus, que rien de tout ceci ne concerne vraiment le litige, car rien n'y touche à l'essence du droit revendiqué par le Portugal.

Que ce droit ait été exercé dans telles ou telles conditions, que ces conditions aient parfois coïncidé avec celles de l'accès au territoire voisin, qu'elles aient été en d'autres occasions plus favorables et aient ainsi rendu moins onéreux ou plus facile l'accès aux enclaves, tout ceci prouve seulement l'existence du pouvoir de réglementation et de contrôle de l'État local. Aussi m'abstiendrai-je d'insister davantage sur cette question.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il me faut encore dire quelques mots de deux points de la réglementation de notre droit de transit entre Damão et les enclaves qui exigent certains éclaircissements complémentaires.

Voici le premier:

Il y eut à certaines époques des modalités de ce transit qui furent dépendantes d'une licence administrative à délivrer dans chaque cas par les autorités locales. Par exemple, d'après l'accord de 1940, la circulation de la police armée portugaise par la route de Damão-Nagar-Aveli était libre pour des détachements de dix hommes au plus, mais conditionnée à une autorisation préalable quand il s'agissait d'un détachement plus important.

Et voici le second:

Il y eut des marchandises, telles que le sel et l'alcool régional qui, pendant certaines périodes, ne purent circuler effectivement entre les différentes parties de nos territoires.

On se demande: Ces aspects de la réglementation du transit entre Damão et les enclaves — nécessité d'une licence pour certaines formes de passage et interdiction de certaines autres — ne seraient-ils pas incompatibles ou inconciliables avec le droit revendiqué par le Portugal? La réponse doit être franchement négative.

J'ai déjà eu l'occasion de dire, mais les circonstances m'obligent à me répéter, que notre droit doit être envisagé de manière globale, en vue de sa fin. Cette fin, qui constitue son âme, est ce qui le caractérise et qui permet de définir ses limites.

Cette fin, quelle est-elle?

C'est d'assurer l'accès aux enclaves. C'est de garantir leurs liaisons avec le reste du territoire national. C'est, en un mot, de fournir au Portugal la possibilité d'étendre jusqu'aux enclaves, qui lui appartiennent, son autorité effective, en exerçant les pouvoirs et en remplissant les devoirs corrélatifs.

Nous savons aussi que notre droit est un droit sans immunité et que pour cette raison le passage qui constitue son objet est assujéti à des conditions, à des restrictions, à des interdictions partielles.

L'État local, dans l'exercice de sa souveraineté, peut légitimement imposer à ce transit ces conditions ou ces limitations. Ce qui compte, c'est que cet État procède avec bonne foi et qu'il ne frustre pas, ni par les lois et les réglemens qu'il établit, ni par la façon dont il les exécute, le but visé par notre droit, c'est-à-dire que cet État ne s'oppose pas à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves.

Or la Grande-Bretagne n'a jamais agi de cette manière illicite. Au contraire, elle a toujours su concilier sagement et prudemment l'exercice de sa souveraineté sur son territoire avec le respect de la nôtre sur les enclaves.

Et la preuve en est que, pendant que les Britanniques furent nos voisins dans l'Inde, nous ne perdîmes jamais le contact nécessaire avec Dadrá et Nagar-Aveli, nous ne cessâmes jamais d'avoir accès à ces territoires, nous ne fûmes jamais empêchés d'exercer normalement notre autorité sur eux.

La situation créée par l'Union indienne en 1954 est une situation inédite, sans précédent dans l'histoire des enclaves.

Ceci, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, suffit à détruire, à anéantir l'argument que nos adversaires prétendent tirer des deux aspects indiqués: autorisations administratives et interdictions partielles. C'est une première réfutation d'ordre général.

Venons-en maintenant à une réfutation point par point.

En ce qui concerne le premier aspect, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il n'existe aucune incompatibilité entre le fait d'avoir droit à un certain transit et celui de la nécessité d'obtenir une autorisation administrative pour les manifestations concrètes — ou pour certaines des manifestations concrètes — de ce transit.

Les deux réalités sont parfaitement conciliables sous l'aspect logique et sous l'aspect pratique.

La formalité de la licence a pour but de fournir à l'État local un moyen de concilier les exigences du transit avec celles de sa propre souveraineté. Les autorités locales se prononceront dans chaque cas sur les formes du transit assujéti à la licence, de manière à avoir le contrôle des circonstances dans lesquelles il se produit — par exemple, le chiffre des agents de police qu'on veut faire passer et le jour de leur passage. Ces autorités, dans l'exercice de ce contrôle, pourront refuser la licence dans tel ou tel cas concret. Mais il faut que cet instrument des licences soit utilisé avec bonne foi et de façon à ne pas empêcher le transit, dans la mesure où il est nécessaire à l'exercice de la souveraineté sur les territoires enclavés.

Les autorités locales ne pourront refuser systématiquement les licences ou les concéder en des termes qui empêcheraient pratiquement les communications avec les enclaves: si elles le faisaient, elles violeraient l'obligation corrélatrice du droit de transit.

Cet exposé, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, montre qu'il n'existe pas réellement d'incompatibilité entre le droit de transit et la

nécessité d'obtenir pour chaque cas une licence administrative pour ses manifestations ou pour quelques-unes d'entre elles.

Ce n'est pas le pouvoir de concéder ou de refuser la licence qui sera en conflit avec le droit, mais le mauvais usage qu'on fera de ce pouvoir.

Or — à son grand honneur — la Grande-Bretagne ne s'est jamais rendue coupable d'un tel mauvais usage.

Bien plus: on ne rencontre dans le dossier pas un cas — pas un seul cas — où les autorités britanniques aient refusé la licence, à des époques et dans les limites où elle était nécessaire pour certaines formes limitées du transit Damão-Nagar Aveli.

L'argument que nos adversaires essaient de tirer du régime des licences se révèle donc entièrement dénué de fondement. Et dénuée de fondement, la manière dont on essaie de réfuter notre argumentation sur ce point ne l'est pas moins. Il est dit, par exemple, au paragraphe 346 de la duplique:

« ... Lorsque les autorités portugaises souhaitaient envoyer des troupes dans les enclaves ou les en faire revenir, elles n'alléguaient pas que certaines conditions étaient remplies, et les autorités britanniques ne demandaient pas non plus si elles l'étaient. La correspondance consistait simplement, chaque fois, en une demande d'autorisation pour faire passer des troupes sur le territoire britannique et en une réponse. »

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, personne ne conteste que les choses se soient passées ainsi. Ce que nous soutenons, c'est que l'autorisation représentait une forme de l'exercice du pouvoir de réglementation et de contrôle du passage: elle avait pour but de donner aux autorités locales la faculté de juger, dans chaque cas, si le passage demandé était ou non conforme aux exigences de la souveraineté locale. D'après ce jugement, ces autorités, dans chaque cas concret, autorisaient ou interdisaient le transit. (En réalité, on ne trouve pas trace dans le dossier que cette dernière hypothèse, celle de l'interdiction, ait jamais été vérifiée.)

La seule chose que les autorités locales ne pouvaient faire, et qu'elles ne firent jamais, c'était d'user arbitrairement ou sans limitation de cette faculté, car cet usage était assujéti à une limite: celle de ne pas empêcher ou de ne pas rendre pratiquement impossible les liaisons avec les enclaves.

A la fin du paragraphe 347 de la duplique, interprétant mal une fois de plus l'argumentation portugaise, le Gouvernement de l'Inde critique, comme si elle était de nous, l'affirmation selon laquelle, puisque des aspects limités du transit étaient assujéti à une autorisation, le transit *in toto* était de ce fait matière de droit. Mais nous n'avons jamais dit cela. Ce que nous avons soutenu et continuons à soutenir, c'est que la nécessité de l'autorisation pour ces aspects limités ne s'opposait pas à l'existence du droit par rapport au transit *in toto* — ce qui est complètement différent.

Pour mieux se faire une idée de notre pensée et dissiper tous les doutes à ce sujet, qu'il me soit permis de lire ici le paragraphe 193 de notre réplique:

« Ce droit de passage, lui-même, n'est pas incompatible avec un système de *permis administratifs*, selon lequel le passage dépend d'un permis particulier à chaque cas. Il s'agit là encore d'une forme de réglementation et de contrôle de l'exercice du droit. Le souverain

local exerce ce contrôle en se prononçant sur le transit à effectuer, cas par cas. Le souverain local pourra refuser le permis dans telles ou telles circonstances; mais il ne pourra le refuser systématiquement ni de manière à empêcher les liaisons indispensables avec les enclaves. A ce point, l'obligation en cause, celle de laisser passer, devient manifeste. Cette obligation, les autorités britanniques l'ont toujours remplie puisque, tant que la souveraineté sur les territoires séparant les enclaves leur a appartenu, ces liaisons se sont maintenues.

La nécessité de l'autorisation ne serait inconciliable avec l'existence d'un droit que si elle se rapportait au transit *dans son ensemble*, autrement dit: s'il dépendait, librement et discrétionnairement, de l'autorisation de l'État voisin que le Portugal pût maintenir avec les enclaves les liaisons nécessaires à l'exercice de sa souveraineté sur ces territoires, alors le Portugal n'aurait certainement pas droit à ces liaisons. L'État voisin pourrait légitimement les couper.

Toute différente est la signification des permis relatifs à des aspects limités du transit. Ce ne sont pas là les communications *dans leur ensemble* qui sont en jeu. La nécessité d'obtenir ces permis s'accorde parfaitement avec le droit à ces communications. L'État local, comme titulaire de la souveraineté sur le territoire traversé, contrôlera le passage, cas par cas, examinant si ce passage peut ou non avoir lieu dans les conditions réclamées. Mais il ne pourra faire de ce contrôle un usage discrétionnaire. Il ne pourra le pousser au point de rendre impossible dans la pratique les communications avec les enclaves, en violant l'obligation qui lui est échue de respecter ces communications. Et qu'il soit parfaitement possible de concilier le respect de cette obligation avec l'exercice de ce contrôle, c'est ce que l'histoire démontre surabondamment.

La circonstance, mise en relief par le Gouvernement indien, que parfois, durant la période britannique, l'obtention d'un permis administratif ait été exigée pour le passage d'éléments de police ou de troupes entre Damão et Nagar-Aveli est sans aucune force et ne peut en rien étayer la thèse du Gouvernement indien (contre-mémoire, par. 169, 172 et 176). Cette circonstance signifie uniquement que le droit du Portugal n'était pas accompagné d'un régime d'*immunités*; elle ne signifie en aucune manière que ce droit n'existait pas. »

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je dois maintenant examiner l'autre aspect auquel je me suis référé — celui des interdictions partielles.

Le Gouvernement indien cite un nombre limité de catégories de marchandises qui durant une certaine période ne pouvaient circuler entre Damão et les enclaves.

Ces catégories se réduisent fondamentalement à deux:

- a) sel,
- b) alcool régional et produits destinés à sa fabrication (fleurs de *mhowra*, dattes, *jaçri*, mélasse, saccharine).

En 1895, les autorités britanniques interdirent en effet l'entrée dans leur territoire du sel produit à Damão. Déjà antérieurement, en 1892, elles avaient interdit l'entrée dans le territoire de Bombay de l'alcool fabriqué en territoire portugais. De plus, à différentes époques et pour

entraver cette fabrication, elles ont empêché la sortie hors de leur territoire, à destination du nôtre, des ingrédients requis par elle.

Ces interdictions ne possèdent pas la portée que l'Union indienne prétend leur attribuer. Je pense que ceci a été démontré dans notre réplique aux paragraphes 197 à 203.

Des difficultés de contrôle, déjà connues, avaient poussé les autorités britanniques à craindre que des marchandises qu'on prétendait venir de Damão à destination de Nagar-Aveli, ou vice-versa, parfois n'eussent pas eu vraiment, comme point de départ ou comme point d'arrivée, le territoire portugais. Ces autorités pensaient que ces marchandises pouvaient en réalité provenir du territoire britannique ou avoir pour destination le territoire britannique.

De plus, ce détournement, comme je l'ai signalé et comme le reconnaissaient nos voisins eux-mêmes, pouvait aussi bien être commis par des sujets portugais que par des sujets britanniques.

Cette incertitude quant à la véritable provenance ou destination de marchandises auxquelles les autorités britanniques attachaient une importance particulière eut pour effet pratique la paralysation de fait de la circulation de ces marchandises entre Damão et Nagar-Aveli.

Le transit ne pouvait avoir lieu effectivement, parce que l'on prenait en considération particulière la crainte que sous l'apparence d'un transit permis on arrivât à pratiquer, en réalité, une importation ou une exportation illicite.

Les autorités britanniques ne prétendaient pas affecter le transit en lui-même. Elles pensaient seulement qu'il n'y avait pas de moyen efficace de garantir pleinement que les marchandises en question se limitassent à transiter entre deux parties du territoire portugais. Or, pour ces marchandises, elles voulaient cette garantie entière.

Donc, en un mot, l'interdiction dans son intention ne visait pas le passage entre Damão et les enclaves. Elle ne l'atteignait que par ricochet, indirectement, en vertu de circonstances purement extrinsèques, consistant en difficultés administratives de réglementation et de contrôle.

La preuve de ceci, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, se trouve dans le fait que l'interdiction générale de l'entrée en territoire britannique ou de sortie de celui-ci n'affectait pas le transit entre Damão et les enclaves, chaque fois que la nature des marchandises ou d'autres facteurs portaient les autorités britanniques à se montrer moins exigeants en matière de contrôle et à se contenter de la probabilité de l'origine du transit sans rechercher la certitude absolue, ou chaque fois que les circonstances permettaient aux autorités britanniques d'adopter un système de contrôle réputé par elles suffisamment efficace.

C'est ce qui arriva, comme nous l'avons vu en son temps, dans le cas du transit de matériel militaire, que nous ne pouvions exporter dans l'Inde britannique mais que, malgré cela, nous pouvions faire passer de Damão à Nagar-Aveli et vice-versa, moyennant l'observance de précautions qui ressortent surtout des documents reproduits aux annexes indiennes C n^{os} 64 et 65.

Un fait analogue se produisit encore dans le cas rapporté au paragraphe 207 de notre réplique. On voit par la lettre du gouverneur de Damão à celui de Bombay datée du 12 décembre 1824 (annexe indienne C n^o 33) qu'il y avait à cette époque certaines marchandises, telles que le bétail, qui ne pouvaient entrer à Damão quand elles provenaient du territoire britannique, mais pouvaient y entrer quand elles provenaient

de Nagar-Aveli. L'exportation hors du territoire britannique en direction du territoire portugais était interdite; et malgré cela, le passage par ce premier territoire était autorisé, comme voie de communication entre les deux parcelles du second.

C'est encore le même système qui s'affirme en certains aspects de la réglementation relative aux dattes, dont j'ai fait état il y a quelques instants comme un des ingrédients utilisés dans la fabrication de l'alcool régional. Nonobstant l'interdiction générale qui pesait sur cette marchandise, les personnes qui se déplaçaient de Damão à Nagar-Aveli pouvaient transporter, pour leur consommation, un certain nombre de dattes. Je sais bien qu'il s'agissait de provisions de voyage, mais — et c'est là qu'est l'important — de provisions pour les voyages entre Damão et les enclaves exclusivement.

Autrement dit, toutes les fois que le contrôle du transit entre ces parties du territoire portugais apparaissait aux yeux des autorités britanniques comme suffisant, ce transit s'effectuait, précisément en fonction de son caractère spécial et comme manifestation d'un régime spécial, par dérogation au régime général qui s'y opposait.

L'Union indienne, ici encore, avant de critiquer notre argumentation, en donne une version totalement différente. Ainsi, dans ce cas des interdictions partielles, quel raisonnement l'Union indienne nous attribue-t-elle?

Celui-ci, qu'on trouve exprimé à la fin du paragraphe 359 de la duplique:

« Afin de s'assurer que les marchandises introduites à Damão exemptes de droits de douane étaient bien le produit des enclaves et non pas le produit de territoires britanniques voisins, il avait été nécessaire d'établir un système de contrôle quelconque. Un système de certificats a été appliqué à cette fin pendant de longues périodes. Il a fini par disparaître sans qu'on parvienne à le remplacer par un autre; c'est dans ces conditions que les interdictions ont été imposées; d'où le Gouvernement portugais conclut [c'est toujours le Gouvernement de l'Inde qui parle] qu'elles l'ont été dans l'intention de respecter plutôt que dans celle d'affecter le transit entre Damão et les enclaves. »

Un tel raisonnement n'aurait réellement pas de sens et ne serait pas difficile à réfuter. Mais le Gouvernement du Portugal ne reconnaît pas, et ne peut reconnaître, sa pensée dans l'extrait des écritures indiennes que je viens de lire, car ce qui a été soutenu dans la réplique, et qui continue à être soutenu, est une chose totalement différente, comme une simple confrontation suffira à le mettre en évidence.

Le Gouvernement portugais, à propos de cette matière, fit en réalité allusion dans sa réplique au système des certificats. Mais avec quel but? Uniquement avec celui-ci.

Le système des certificats était destiné à garantir l'absence de malfaçon dans le transit entre les parcelles du district de Damão. Il fut appliqué dans cette intention au transit des produits de Nagar-Aveli à destination de Damão, bénéficiaires d'une exemption fiscale. On voulait, par ce certificat, éviter que cette exemption profitât effectivement à des produits non originaires de Nagar-Aveli, mais du territoire britannique.

A un moment donné, certaines interdictions surgirent qui, en elles-mêmes, ne se rapportaient qu'à l'importation en territoire britannique

ou à l'exportation en territoire portugais. Ces interdictions ne visaient pas, à proprement parler, le transit Damão-enclaves. Mais pour que ce transit pût, en fait, subsister quant aux marchandises en cause, il était nécessaire d'avoir la garantie de leur origine pour éviter que lesdites interdictions fussent éludées. Or, cette garantie, on ne jugea pas qu'elle pût être donnée par le système des certificats, car il en fallait là une particulièrement forte, et ce système n'était pas considéré comme assez efficace.

Telle est la pensée exprimée par le Gouvernement portugais, et non celle, devenue totalement méconnaissable, que lui prête le Gouvernement indien.

Pour la bonne compréhension de tout ce qui précède, il faut ne pas oublier que l'état local peut aller, comme nous l'avons déjà dit, jusqu'à l'interdiction complète de certaines modalités du passage, si elles ne sont pas essentielles pour l'exercice de la souveraineté dans les enclaves.

Il faut remarquer encore les limites restreintes des interdictions dont j'ai fait état. Elles ne concernaient que le sel récolté à Damão et l'alcool régional (en plus des matières premières utilisées à sa fabrication). Que ces limites fussent étroites et le nombre des marchandises visées fût restreint, c'est ce que l'Union indienne reconnaît expressément au paragraphe 359 de la duplique, tout en attribuant à ces interdictions des conséquences économiques parfaitement exagérées.

Le transit entre Damão et les enclaves n'était pas affecté dans son ensemble ni même dans un large secteur; il continuait au contraire à être pratiqué normalement, avec pleine possibilité pour le Portugal d'exercer sa souveraineté sur Dadrá et Nagar-Aveli.

Les liaisons entre ces fractions des territoires portugais et Damão-littoral subsistaient. On empêchait seulement, en fait, pour des motifs particuliers, le transit de catégories déterminées et limitées de marchandises.

Quel abîme, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sépare de celle-ci la situation d'isolement créée par l'Union indienne!

[Audience publique du 28 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, poursuivant l'exposé que j'ai entamé ce matin, il devient maintenant à propos de parler du contrôle auquel, pendant la dernière guerre mondiale, l'entrée en terres portugaises de l'Hindoustan (Goa, Damão, Diu) des marchandises provenant des territoires britanniques voisins était assujettie; et de l'accord de 1945 qui a soustrait à ce contrôle, ainsi qu'aux taxes douanières, les produits de Nagar-Aveli allant en transit à Damão-littoral.

La question ne nous intéresse pas directement, puisqu'elle se situe sur le plan de la réglementation du passage.

Si nous disons quelques mots de l'affaire, c'est uniquement pour dissiper les confusions que la Partie adverse crée autour d'elle.

Nous étions en temps de guerre; temps anormal où les contrecoups économiques imposaient une réglementation plus serrée du mouvement des marchandises. Celles-ci s'épuisaient, d'où rationnement et limitation corrélatrice des exportations.

Du fait de ces conditions fut instauré dans l'Inde britannique, relativement aux exportations à destination des territoires portugais voisins,

un régime selon lequel ces exportations (pour la plus grande partie des articles de consommation) ne seraient autorisées que dans les limites du contingentement fixé pour le ravitaillement de nos territoires et moyennant attestations de leurs nécessités délivrées par les autorités portugaises.

Le régime en vigueur n'était donc pas un régime de prohibition mais seulement un régime de limitation et de contrôle.

Le gouverneur de Damão, dans sa lettre du 30 septembre 1944 (voir annexe indienne F n° 68), ne voulait que signaler les conséquences de fait de ce régime.

Celui-ci rendait très difficiles — pour ne pas dire impossibles dans la pratique — les importations, mais uniquement les importations des petites quantités de marchandises faites directement par les consommateurs eux-mêmes. Ceci pour la raison évidente que celles-ci, du fait de leur insignifiance, ne justifiaient pas la gêne imposée par l'observation des formalités établies.

Mais les importations à proprement parler étaient possibles; et ce qui le montre bien, c'est que les commerçants, comme l'indique la lettre, les réalisaient, car ils importaient de grandes quantités qui justifiaient la peine prise pour s'assujettir aux formalités requises. Il est évident qu'une fois le contingentement relatif à une certaine période épuisé, les importations cessaient temporairement: ce fut sans doute pendant un de ces arrêts que le gouverneur écrivit sa lettre.

A ce qu'il semble, ce régime dut être appliqué aussi au commencement aux produits passant de Nagar-Aveli à Damão. Ceci s'explique puisqu'il s'agissait simplement de réglementer le mouvement des marchandises (ce qui était de la compétence de l'État local) et qu'il y avait une grande difficulté — déjà signalée à plusieurs reprises — à s'assurer de l'origine de ces produits. Comme on ne pouvait garantir, d'une manière jugée satisfaisante par les autorités britanniques, qu'il s'agissait bien, dans chaque cas, de produits originaires de Nagar-Aveli, on se conformait au système général de réglementation et de contrôle. L'explication de l'emploi de ce système est donc une raison de fait: la difficulté de faire la preuve.

A un certain moment, cependant, les autorités britanniques déclarèrent se contenter pour ce transit du traditionnel procédé des certificats. Les autorités considéraient comme faite la preuve que les marchandises étaient effectivement originaires de Nagar-Aveli, dès que l'administrateur de cet arrondissement l'avait certifié.

A partir de ce moment, et ce moyen de preuve admis, les circonstances cessèrent d'imposer l'observation d'une réglementation uniforme. Les marchandises, sous couvert d'un certificat attestant qu'elles provenaient de Nagar-Aveli, recommencèrent à entrer dans Damão-littoral sans dépendre d'un permis ni d'un contrôle des autorités locales et sans non plus subir d'impositions douanières.

Tel fut l'objet de l'accord de janvier 1945, qui trouve sa source et son titre dans les lettres publiées aux annexes n^{os} 97 à 99 à la réplique et que concerne aussi le rapport contenu dans l'annexe n° 98.

Ainsi qu'on le voit par la lettre du consul britannique à Goa (annexe n° 97), les produits régionaux de Nagar-Aveli allaient effectivement à Damão. Mais il y avait, pour l'entrée des marchandises en territoire portugais, un régime général de contrôle qui devait cesser à l'avenir d'être observé pour ces produits, à condition que leur origine fût certifiée.

Le rapport de l'annexe n° 98 parle expressément de ce qu'« il s'agit de la réglementation du mouvement des marchandises produites à

Nagar-Aveli entre ce territoire et le territoire de Damão ». Elle montre qu'il était précisément question du passage à la frontière, en franchise et sans formalités d'exportation, des marchandises, quand elles étaient accompagnées d'un certificat de l'administrateur de la *pargana*.

Mais il n'est pas nécessaire de pousser davantage l'analyse de cette question, car nous savons surabondamment que les problèmes de cet ordre — assujettissement des marchandises en transit à telles ou telles formalités, à tels ou tels contrôles, à telles ou telles charges, ou au contraire exemption pour celles-ci de toutes ces modalités — sont des problèmes de réglementation et, en tant que tels, sont étrangers à l'essence du droit revendiqué par le Portugal.

L'examen du dossier, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous convainc que dans la période britannique — tout comme dans les autres du reste — un transit constant entre Damão et les enclaves a existé, de façon à assurer les liaisons avec ces derniers territoires et l'exercice de la souveraineté portugaise sur eux; et que ce transit était dominé par la conviction, partagée par les autorités portugaises aussi bien que par les autorités britanniques, de sa nécessité ou de son caractère obligatoire.

Je pourrais maintenant me consacrer à la mettre en évidence.

Mais, pour éviter des répétitions inutiles, je pense préférable de renvoyer cette tâche à l'exposé suivant sur la coutume locale comme un des titres du droit revendiqué par le Portugal.

J'agirai de la sorte, si vous m'y autorisez, Monsieur le Président, et je donne donc comme terminé l'exposé de fait de la période britannique que je me suis assigné pour tâche de présenter.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, maintenant que l'exposé des faits de la période britannique est terminé, le moment est venu, conformément à l'ordre initialement établi, de passer à l'examen de la coutume locale — l'un des titres particuliers servant de base au droit revendiqué par l'État portugais. L'autre de ces titres particuliers — les conventions — a déjà été examiné précédemment en connexion avec la période mahratte.

Je choisis ce moment pour m'occuper de cette source de notre droit, car la période qu'il me reste encore à examiner — la période post-britannique — est surtout dominée par le phénomène de la violation de ce droit. Je ne manquerai cependant pas de faire remarquer que, durant les premiers temps de l'indépendance de l'Union indienne, cette coutume continua d'être pacifiquement respectée et, même, des faits importants se produisirent alors qui l'ont tout particulièrement corroborée. Je vais rendre compte de certains d'entre eux dans l'exposé qui suivra.

Je voudrais faire remarquer encore que je m'abstiendrai de reproduire ici ce que M. le doyen Braga da Cruz a exposé relativement à la coutume à l'époque mahratte, pour éviter une répétition inutile.

Je débiterai par le rappel d'un certain nombre de principes fondamentaux de cette importante source de droit international qu'est la coutume. J'appliquerai ensuite ces principes aux faits contenus dans le dossier. Il en résultera la conclusion que le droit invoqué par le Portugal contre l'Union indienne trouve un de ses fondements dans la pratique coutumière, établie et consolidée à travers les âges, appliquée aux relations de l'État portugais avec les détenteurs successifs de la souveraineté sur les territoires limitrophes des enclaves.

Je me limiterai, relativement aux principes qui régissent la coutume, à dire *quantum satis* pour la démonstration de ce titre particulier de notre droit, ceci d'autant plus que la question sera reprise en temps voulu par M. le professeur Maurice Bourquin, à propos de la coutume générale comme d'un autre des titres de ce droit.

Comme on le sait, suivant la doctrine généralement admise, la coutume se compose de deux éléments: l'un matériel ou objectif, l'autre spirituel ou subjectif.

L'élément matériel ou objectif se traduit par la répétition des mêmes actes extérieurs. C'est une pratique uniforme. C'est une conduite externe, qui peut se présenter tantôt sous la forme positive d'actions, tantôt sous la forme négative d'abstentions.

Pour constater l'existence de cette pratique ou conduite, il faut considérer l'attitude des États, c'est-à-dire l'attitude de leurs organes ou agents, en face de certaines situations. Il faut voir comment ils réagissent en face de ces situations, quelle ligne de conduite ils adoptent. Cette ligne de conduite peut se traduire par les mesures les plus variées, soit unilatérales, soit bilatérales, soit collectives.

On doit analyser les actes des organes ou des agents des États, relatifs à la matière considérée, et c'est la masse plus ou moins considérable de ces actes répétés, uniformes, qui formera le *corpus* de la coutume.

Or, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'estime que l'existence de ce premier élément de la coutume locale justificative du droit de passage du Portugal est d'une évidence qui ne peut être niée. Cette existence découle avec une grande netteté de tout ce que contient le dossier et de ce qui, dans les actuelles plaidoiries, a déjà été résumé et mis en relief dans l'exposé des faits.

On a vu, en effet, qu'au cours des temps — à dater du jour où Dadrá et Nagar-Aveli devinrent portugais jusqu'à la date récente où l'Union indienne interrompit les liaisons entre Damão-littoral et ces territoires — celles-ci — les liaisons — s'effectuèrent toujours par le passage, dans l'un et l'autre sens, d'autorités, de troupes, de forces de police, de simples particuliers, de biens ou marchandises.

Personnes et choses ont circulé, pendant près de deux siècles, entre les différentes parcelles du district de Damão, dans la mesure nécessaire à l'exercice de notre souveraineté.

Nous n'avons pas manqué non plus d'expédier des renforts dans ces enclaves, ni de nous considérer comme possédant le droit, non contesté, de le faire, à certains moments où notre souveraineté était sous le coup de certaines menaces. C'est ce qui ressort clairement des incidents relatés aux paragraphes 20 à 22 du mémoire.

En bref, nous passions, nos voisins ne s'y opposaient pas, mais, bien au contraire, l'acceptaient absolument.

Les modalités ou conditions extrinsèques du passage varièrent évidemment sous l'influence des convenances de la souveraineté locale, mais le passage, en lui-même, resta un fait permanent.

Telle est la réalité que met en lumière toute la volumineuse documentation produite par les deux Parties.

Le Gouvernement indien lui-même reconnaît qu'il en est ainsi et, d'ailleurs, en face de ces documents, il lui serait difficile de le nier. Au paragraphe 278 de la duplique, par exemple, il s'exprime en ces termes quand il traite de la période britannique:

« Il est hors de doute — écrit-il — que pendant toute la période britannique on a circulé entre Damão et les enclaves. Il s'agissait à la fois de personnes et de marchandises et parmi les personnes figuraient des troupes en armes et des forces de police ainsi que des particuliers. »

On peut donc donner comme prouvé l'élément matériel de la coutume.

Il faut remarquer, à cet égard, que le Gouvernement de l'Inde nous accuse, aux paragraphes 314 et 316 de sa duplique, de confondre transit avec droit de transit. Cette accusation est absolument injuste et résulte d'une interprétation inexacte de notre pensée.

Certes, nous avons écrit au paragraphe 165 de la réplique: « Le droit au transit des personnes, de Damão aux enclaves et *vice versa*, s'est donc manifesté par une pratique continue, pacifique et invariable. »

Mais le fait d'affirmer que le droit de transit s'est manifesté par une certaine pratique ne veut pas dire que celui-là se confond avec celle-ci. Le droit s'est manifesté, c'est-à-dire s'est extériorisé par une pratique, s'est incarné en elle. Ceci ne signifie pas que droit et pratique s'identifient mais, au contraire, ceci montre que la pratique n'est qu'un élément externe du droit, sa concrétisation dans les faits.

A cet élément externe vient s'ajouter, comme nous l'avons vu, l'élément spirituel ou psychologique — l'*opinio juris sive necessitatis*. Et que dire de cet autre élément? Il est, comme chacun le sait, extrêmement controversé sur le terrain doctrinal. On en discute le concept, voire même l'existence ou la nécessité.

Il y a, en effet, des jurisconsultes qui ne considèrent pas l'*opinio juris* comme un facteur constitutif de la coutume. A leur groupe appartient, par exemple, Kelsen, qui expose ce point de vue dans son étude bien connue sur la théorie du droit international coutumier, parue dans la *Revue internationale de la théorie du droit*, vol. I. On y lit, aux pages 264 et suivantes, ce qui suit:

« La théorie selon laquelle l'élément psychique, l'*opinio juris sive necessitatis*, est essentiel à la formation de la coutume, est fort contestable et a été, en effet, contestée récemment par quelques auteurs. On a démontré que, dans beaucoup de cas, l'élément psychique ne joue pas de rôle dans la formation de la coutume. »

Notre estimé contradicteur, le professeur Guggenheim, partage les mêmes idées et il a soutenu, en termes encore plus catégoriques, la thèse de la non-nécessité de l'*opinio juris*. Pour lui, et en reproduisant ses termes exacts:

« L'élément psychique ou subjectif ne peut entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de l'élaboration d'une règle coutumière. L'*opinio juris sive necessitatis* présupposerait l'existence d'une règle de droit autonome, nouvelle, indépendante de la règle conférant aux actes extérieurs la dignité d'une norme juridique. Or, il est difficile — (dit toujours M. le professeur Guggenheim), il est difficile — « sinon impossible, de prouver l'existence d'une telle règle positive. Il n'existe aucun critère permettant de déterminer quels sont les actes psychiques qui confèrent aux actes extérieurs le caractère de la coutume. »

Cette citation est tirée du *Traité de droit international public*, tome I, page 47. L'illustre jurisconsulte s'exprime en termes analogues dans son

travail sur les deux éléments de la coutume en droit international, paru dans les *Études en l'honneur de George Scelle*, tome I, spécialement à la page 276.

Il faut remarquer, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que le Gouvernement indien soutient à ce sujet un point de vue tout à fait différent.

Le professeur Guggenheim, ainsi que cela ressort des écrits cités, rejette l'*opinio juris* comme condition essentielle de la coutume. Le Gouvernement de l'Inde, au contraire, considère cette condition comme indispensable et insiste sur elle.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai mis en lumière quelques-unes des incertitudes existantes relativement à l'élément psychologique de la coutume, en citant les auteurs qui, comme le professeur Guggenheim, dénie à cet élément un caractère essentiel. Mais, pour la facilité du raisonnement, je suivrai, dans mes considérations, l'orientation qui, je le reconnais, prédomine et pour laquelle la coutume est le produit de deux facteurs : l'objectif et le subjectif.

La définition de ce facteur subjectif — l'*animus* de la coutume — n'est pas très facile. Mais je ne crois pas m'écarter de la vérité en disant que celui-ci consiste dans le sentiment de la nécessité sociale ou de la justice de la conduite observée, ou, en d'autres termes, dans le sentiment que cette conduite doit être observée comme contraignante, comme objet d'obligation pour une des parties et comme objet de droit pour l'autre.

C'est dans le sentiment que cette conduite correspond à une exigence de la vie sociale, ou de l'équité, ou de la raison, et ne doit donc pas être laissée à la discrétion ou à l'arbitraire des intéressés, c'est en ce sentiment que l'élément psychologique de la coutume consiste.

Comme l'écrit le professeur De Visscher, dans son cours sur la « Codification du droit international », à la page 325 du *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, 1925, I, après s'être référé aux conditions matérielles de la coutume :

« La réunion de ces seules conditions d'ordre matériel ne saurait-elle jamais suffire à transformer une pratique internationale en coutume juridiquement obligatoire. Cette transformation ne s'accomplit qu'à partir du moment où les États deviennent conscients de la nécessité de son observation. La croyance à la nécessité intersociale ou internationale, cette *opinio necessitatis*, tel est le facteur psychologique essentiel à la formation de la coutume; c'est lui seul qui transforme de simples usages ou des règles de courtoisie sans caractère obligatoire en normes juridiques. »

Mais cette croyance, ou ce sentiment, qui exprime le côté spirituel de la coutume, ne se manifeste normalement pas sous une forme explicite et claire.

Comme l'observe Sørensen, dans son œuvre sur les *Sources du droit international*, pages 108-109, parfois les organes, des actes desquels il est question, formulent clairement les raisons qui les poussent à agir ou à décider dans tel ou tel sens, par exemple dans les exposés de motifs qui précèdent les lois ou dans les considérants sur lesquels se basent les décisions judiciaires. Mais quant aux autorités exécutives — et c'est le cas qui intéresse dans ce procès — et comme l'observe encore le même auteur, elles exposent rarement les motifs de leurs actes ou, tout au

moins, elles ne le font pas avec la même clarté, et de là provient la grande difficulté de prouver l'*opinio juris sive necessitatis*.

Cette difficulté, tout le monde la reconnaît.

Kelsen, à la page 264 de l'étude déjà citée, en vient à affirmer que :

« Il est presque impossible de prouver l'existence de l'élément psychique, à savoir l'existence des sentiments ou des pensées des individus qui ont accompli les actes constituant la coutume dans le passé. »

C'est au fond cette difficulté qui pousse certains auteurs, comme les professeurs Kelsen et Guggenheim, à dispenser la coutume de l'élément *opinio juris*.

C'est la même difficulté qui entraîne d'autres auteurs, comme Sfériades, à se passer de la preuve de l'élément psychologique, tout en déclarant pourtant cet élément nécessaire. De l'avis de ce jurisconsulte, exprimé dans les « Aperçus sur la coutume juridique internationale », à la page 144 du volume 43 de la *Revue générale de droit international public* :

« L'existence d'une coutume doit être considérée comme prouvée, dès que les actes consécutifs matériels positifs ou négatifs deviennent certains, sans qu'on ait également à prouver l'élément psychologique. »

A ce qu'il semble de cette manière de voir, l'élément psychologique de la coutume devrait être considéré comme irréfragablement prouvé — une fois démontré l'élément matériel — sans qu'il y ait besoin de prouver son existence et sans possibilité de prouver son inexistence. L'élément psychologique serait l'objet d'une véritable présomption *juris et de jure* — non susceptible, comme telle, d'être réfutée par la preuve contraire.

Le courant qui voit bien dans l'*opinio juris* l'objet d'une présomption, mais d'une présomption *juris tantum*, qui par essence admet cette preuve contraire, ne va pas si loin. Pour lui, la partie qui invoque la coutume est dispensée de prouver son élément psychique — cet élément se présume. Mais la partie qui récuse la coutume pourra détruire cette présomption, en démontrant que ledit élément, en réalité, n'existe pas.

Il y a là une interversion de l'*onus probandi*, puisque la charge de la preuve se reporte de celui qui allègue la coutume à celui qui la conteste.

Comme représentant de cette manière de voir, on peut signaler, je crois, sir Hersch Lauterpacht qui, dans son ouvrage *The Development of International Law by the International Court*, 2^{me} édition, page 380, s'exprime comme suit (je traduis) :

« Le principe correct en la matière consiste à considérer toute conduite uniforme des Gouvernements (ou, le cas échéant, abstention de conduite) comme extériorisant l'*opinio necessitatis juris*, sauf s'il est démontré que cette conduite n'était pas accompagnée de telle intention. »

L'élément matériel une fois prouvé, l'élément psychologique est donné comme, lui aussi, prouvé, à moins qu'on en démontre l'inexistence.

Tout cela met bien en relief un fait incontestable : la difficulté pratique de prouver l'élément psychologique de la coutume.

Mais, même quand on ne veut pas admettre une présomption favorable à l'*opinio necessitatis*, avec comme base la pratique extérieure et

uniforme, on doit tout au moins reconnaître que la Cour jouit, dans ce domaine, d'une grande liberté d'appréciation.

Il n'y a pas lieu d'exiger, dans chaque cas, une preuve directe de l'élément psychologique.

Exiger cette preuve serait rendre inefficace, ou quasi inefficace, le droit coutumier; cela reviendrait à le condamner à l'inertie, il se trouverait dépouillé de sa signification pratique.

C'est pourquoi la jurisprudence se contente des éléments probatoires indirects et plus souples, tels que les indices qu'on tire des actes des organes ou agents. Elle prend ces actes dans l'ensemble des circonstances qui les entourent et à la lumière du bon sens elle décide qu'ils extériorisent ou non l'*opinio necessitatis*.

Que cette attitude soit celle de la jurisprudence, c'est ce que démontre l'analyse des affaires judiciaires, que l'on peut rencontrer dans les ouvrages cités, surtout dans ceux de M. le juge Lauterpacht et de Sörensen. Je me permets encore de rappeler ce que le Gouvernement portugais, au sujet de l'arrêt rendu par la Cour, le 20 novembre 1950, dans l'*Affaire du droit d'asile*, a écrit aux paragraphes 324 et 325 de sa réplique.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le moment est venu de critiquer un certain nombre de considérations formulées par le Gouvernement de l'Inde aux paragraphes 581 à 585 de sa duplique.

Il y soutient que le Gouvernement portugais ne peut invoquer une coutume locale à son bénéfice, car cette coutume serait, dans ce cas concret, restreinte à deux États, le Portugal et l'État voisin (successivement l'Empire maharatte, la Grande-Bretagne, l'Inde); et, toujours d'après nos éminents contradicteurs, l'existence d'une coutume réduite à deux États ne serait pas concevable.

Les faits signalés par le Gouvernement portugais comme constitutifs d'une coutume locale ne pourraient jamais, dans l'opinion de la Partie adverse, constituer pour elle une source d'obligations à ce titre, à titre de coutume, mais seulement à titre d'accord tacite.

Dans ce domaine des relations locales ou des relations entre les deux États limitrophes de l'Hindoustan, le Portugal ne pourrait pas s'appuyer sur une coutume, mais seulement sur une convention; il ne pourrait se baser sur l'alinéa *b*), mais seulement sur l'alinéa *a*) du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut; il ne pourrait se borner à prouver l'existence d'un usage accompagné de l'*opinio necessitatis*, il devrait prouver celle d'un accord, bien que celui-ci eût été tacitement manifesté.

L'argumentation de la Partie adverse, comme on le voit, repose tout entière sur l'idée qu'il n'y a pas, et qu'il ne peut y avoir, de coutumes limitées à deux États. Les coutumes bilatérales ne figureraient pas parmi les sources du droit international.

Une telle conception est purement arbitraire et complètement inadmissible. Elle contredit non seulement les idées établies mais même le sens commun. Sörensen, par exemple, écrit à la page 104 de son ouvrage:

« Une pratique qui n'atteint pas la mesure nécessaire de généralité n'est toutefois pas dépourvue d'intérêt pour la création d'une coutume. Car il se peut qu'elle acquière le caractère d'une coutume particulière entre les États qui le suivent.

L'existence de telles coutumes particulières, soit multilatérales, soit bilatérales, est généralement admise. »

Comme on l'affirme ici, et justement, l'existence des coutumes particulières ou locales est généralement admise, et ceci sans distinction entre les coutumes multilatérales et les bilatérales. Les unes et les autres sont également possibles.

A l'appui de sa thèse si fragile (l'inexistence de coutumes bilatérales), le Gouvernement indien emploie un argument littéral inconsistant, tiré de la rédaction de l'article 38 du Statut: celui-ci définit la coutume internationale comme « preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». La coutume étant une « pratique générale » — prétendent nos illustres contradicteurs —, elle ne peut consister en une pratique observée uniquement dans les relations entre deux États. La définition statutaire de la coutume exclurait la coutume bilatérale.

Cet argument ne présente aucune valeur.

On ne saurait, en effet, profiter de l'emploi du mot « général » dans ladite définition pour enlever des sources de droit international les coutumes bilatérales.

Si ce mot avait signifié que la généralité des États devait participer à la coutume, comme le Gouvernement indien paraît le penser, ce ne serait pas seulement les coutumes bilatérales qui se trouveraient exclues, mais toutes les coutumes locales ou particulières. Seule la coutume générale constituerait une « pratique générale » et donc, seule, elle pourrait engendrer des contraintes ou des obligations internationales.

En somme, l'argument de la Partie adverse prouve trop: il mène logiquement à des conclusions qui dépassent de beaucoup ce qu'elle-même prétend soutenir, et ce fait est la preuve majeure de l'inconsistance du raisonnement.

Si l'existence d'une coutume limitée à un nombre restreint d'États est possible, et le Gouvernement de l'Inde lui-même l'admet, pourquoi l'existence d'une coutume limitée à deux États ne le serait-elle pas? Pour quelle raison, de logique ou de convenance, trois États pourraient-ils créer dans leurs relations réciproques une règle coutumière, alors que deux États ne pourraient le faire? Pourquoi refuser à deux ce qui est permis à trois?

Le Gouvernement de l'Inde déclare que le Portugal ne peut tirer argument de la position occupée par la coutume locale dans le droit interne de nombreux pays, parce que, observe-t-il, de multiples sujets de droit participent à la formation de cette coutume. Mais, en réalité, le Gouvernement portugais ne prétend pas, ni n'a jamais prétendu, défendre la légitimité de la coutume bilatérale dans les relations internationales, en se basant sur la légitimité de la coutume locale, dans les relations internes, et même, il n'aurait jamais songé qu'il était besoin de soutenir la légitimité de la coutume bilatérale, sans l'attaque inattendue de la duplique contre elle, tant cette légitimité est inébranlablement établie.

Il n'y a en effet aucun parallélisme entre la coutume internationale et la coutume interne. La première peut être l'œuvre de peu d'États, la seconde doit être l'œuvre de beaucoup d'individus.

Et ceci détruit la conclusion que le Gouvernement de l'Inde essaie de tirer en faveur de sa thèse d'une comparaison avec la coutume locale dans l'ordre interne. A celle-ci doit contribuer un nombre de sujets de droit infiniment plus élevé que celui requis, d'après le point de vue indien lui-même, pour la formation de la coutume locale dans l'ordre international.

La raison de la différence est qu'il n'est pas permis aux individus de créer le droit dans les relations internes, alors que les États peuvent le faire dans les relations internationales.

Seule une généralité d'individus, conçue pour ainsi dire comme organe de l'État, peut, à l'intérieur de celui-ci, engendrer, au moyen de la coutume, des règles juridiques.

Mais un nombre réduit d'États, voire seulement deux, peuvent, dans leurs relations réciproques, créer de telles règles. Il peut le faire au moyen de conventions. Pourquoi ne pourrait-il pas le faire au moyen de coutumes?

En un mot, j'ai, je crois, fait ressortir la totale inanité des prétentions indiennes dans leur négation de la légitimité et l'autonomie de la coutume internationale bilatérale.

Le Gouvernement portugais n'a pas à prouver que les faits incarnent un accord tacite, il suffit à sa démonstration qu'ils incarnent l'*opinio necessitatis*. D'ailleurs, si l'accord tacite avait été nécessaire (mais il ne l'est pas), son existence pourrait et devrait être considérée comme suffisamment démontrée par les preuves du dossier et particulièrement par les faits que nous allons maintenant mentionner.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je pense que les preuves contenues dans le dossier sont suffisantes pour convaincre du fait que le passage entre Damão et les enclaves était accompagné de l'*opinio necessitatis*.

Les autorités des deux États avaient, en effet, le sentiment du caractère nécessaire de ce passage, comme d'une chose que l'État dont le territoire était traversé devait accepter, comme d'une chose à quoi il ne pouvait s'opposer.

Cette attitude psychique a des manifestations multiples, et le Gouvernement portugais a attiré dans ses écritures, au fur et à mesure des occasions, l'attention sur les plus importantes d'entre elles.

La valeur probatoire de ces manifestations ne subit pas le moindre préjudice du fait des considérations introduites aux paragraphes 593 et 594 de la duplique relatifs au Traité de 1878 et à l'accord de 1945 dont je me suis déjà occupé dans l'exposé des faits de la période britannique; cette constatation résulte de ce que j'ai dit à cette occasion.

Dans le premier de ces deux paragraphes, on se réfère à un soi-disant accord antérieur au Traité de 1878 qui aurait permis l'entrée d'hommes armés d'un des États sur le territoire de l'autre. La Partie adverse ne prouve pas l'existence de cet accord, mais, même si elle le pouvait, on ne voit pas comment cet accord sur l'entrée en général d'hommes armés de l'un des États sur le territoire de l'autre empêcherait la formation d'une coutume sur le transit en particulier entre Damão et les enclaves.

Ceci posé, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'il me soit permis de rappeler quelques-unes des manifestations de l'*opinio necessitatis*.

En premier lieu, il faut faire ressortir la régularité même et la constance du transit en tant que transit adéquat aux liaisons entre Damão et les enclaves, qui s'est effectué pendant une période de près de deux siècles. Cette régularité et cette constance, pendant un laps de temps aussi étendu, constituent par elles-mêmes un indice puissant de ce que le fait matériel du passage traduit l'exercice d'un droit. Et ce droit ne nous a jamais été dénié, ni contesté, ni entravé.

D'autre part, les affirmations explicites du caractère nécessaire du transit ne manquent pas.

Les autorités des deux États ont fréquemment mis en évidence ce caractère nécessaire; elles déclarent et soulignent que les personnes et les biens doivent forcément traverser le territoire intermédiaire compris entre Damão et les enclaves.

Voici, à titre d'exemple, un certain nombre de documents où des affirmations de ce genre sont contenues:

Dans la lettre du 11 novembre 1818, adressée par le gouverneur de Damão à celui de Bombay, son auteur, comme on l'a fait remarquer aux paragraphes 149 et 157 de la réplique, en se référant au transit des produits de Nagar-Aveli à destination de Damão, met en évidence le fait que ces produits devaient nécessairement traverser le territoire intermédiaire. Placées en face de cette affirmation très claire de la *nécessité* du transit, les autorités britanniques n'ont rien objecté. Elles ont donc accepté que le transit se fit à titre de nécessité comme matière d'un droit. C'est une manifestation de l'*opinio juris sive necessitatis*.

La même idée, en ce qui regarde les relations des enclaves entre elles, réapparaît dans le rapport du 12 mai 1860, mentionné au paragraphe 167 de la réplique. On y met en lumière que le commandant de la *pargana*, résidant à Dadrá, doit forcément traverser les territoires étrangers dans ses déplacements à destination de Nagar-Aveli.

On insiste encore sur la nécessité du transit par les territoires britanniques dans la correspondance de 1892 échangée entre les autorités des deux États, comme on le voit dans le paragraphe 205 de la réplique. Dans une lettre du 27 mai 1892, adressée au gouverneur de Bombay, le gouverneur général de l'État portugais de l'Inde écrit:

« Du fait de ladite solution de continuité du territoire de Damão, lequel comprend deux districts, Damão proprement dit et Nagar-Aveli — le second fournissant des céréales et d'autres produits destinés à la consommation des habitants du premier —, il est nécessaire, au cours du transit entre ces deux territoires, de traverser le territoire étranger. »

Cette affirmation catégorique ne rencontre aucune opposition, elle non plus, de la part des autorités britanniques.

Il faut encore citer la correspondance de 1898 et les avis qui en découlèrent, de la part des fonctionnaires britanniques, dont fait foi l'exposé du paragraphe 242 de la réplique.

Comme on le voit par celui-ci, le gouverneur général de Goa demanda à celui de Bombay de donner pour instructions aux autorités de police de son district d'éviter de soulever des difficultés au transit d'un certain nombre d'armes, de cartouches et de munitions, entre Damão et Nagar-Aveli.

Sur quoi le gouverneur portugais s'appuyait-il pour solliciter ces instructions? Il s'appuyait précisément, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sur la *nécessité* du transit par le territoire britannique.

Différents avis de fonctionnaires britanniques furent donnés relativement à cette affaire; ils étaient favorables à la prétention portugaise.

Dans l'un d'eux, on mettait en évidence la nécessité du transit, ce qui ne pouvait signifier, dans la pensée de son auteur, rien d'autre que ceci: le transit étant nécessaire, il n'était pas licite de l'entraver. Et, en effet, la décision du gouverneur de Bombay fut conforme à ces avis.

La nécessité irréfragable du transit entre Damão et les enclaves est encore marquée, en dehors d'autres documents, dans ceux mentionnés au

paragraphe 209, à la page 409, II, note, de la réplique : lettre du gouverneur général de l'Inde portugaise au gouverneur de Bombay, du 6 mars 1900 ; lettre du consul général du Portugal à Bombay au secrétaire principal du Gouvernement de Bombay, du 12 décembre 1933 ; lettre du gouvernement de Damão au « *Collector* » de Surat, du 3 août 1934 ; lettre du chef du cabinet du gouverneur général de l'Inde portugaise au secrétaire principal du Gouvernement de l'Inde, du 17 avril 1940.

Dans tous les documents cités, et dans d'autres encore, l'idée du caractère nécessaire du transit entre Damão et les enclaves apparaît instamment réaffirmée au cours des ans. Elle ne souffre pas la moindre opposition ni la moindre objection de la part des autorités de l'État sur lequel le transit s'effectue. Au contraire, cette idée est accueillie par elles et acceptée comme fondement en vertu duquel cet État ne peut s'opposer audit transit.

L'*opinio necessitatis*, comme élément psychologique de la coutume, trouve donc, dans les documents cités, une expression suffisamment révélatrice.

A cet égard, le Gouvernement de l'Inde soutient, en diversens droits de sa duplique, que la conviction de la nécessité du transit, exprimée à différentes reprises dans les documents, était la conviction d'une nécessité purement géographique ou physique.

Une semblable assertion ne résiste pas à la critique.

Quand, tout au long des temps, perpétuellement et avec insistance, la nécessité du passage entre Damão et les enclaves était invoquée et acceptée, de partie à partie, il est bien évident qu'on ne voulait pas seulement énoncer dans l'abstrait cette vérité élémentaire de caractère naturel ou physique que, pour passer d'un territoire à un autre, géographiquement séparé de lui, il faut traverser le territoire intercalaire.

Cette notion concordante des parties de la nécessité du passage apparaît concrètement exprimée au sujet de Damão-littoral et des enclaves de Dadrá et Nagar-Aveli, en tant que territoires complémentaires faisant partie d'une même unité politique, assujettis à une même souveraineté, et à propos des communications entre eux, corollaire obligé et moyen de réaliser dans la pratique cette unité. Ce qu'on veut donc signifier clairement, c'est la nécessité de ces communications, matérialisées par le passage par un territoire étranger.

En face des autorités portugaises se référant si souvent à la nécessité de traverser le territoire de l'État voisin dans les déplacements entre Damão et les enclaves, serait-il croyable que les autorités de cet État aient accepté l'affirmation catégorique d'une telle nécessité si elles ne l'avaient pas reconnue, ainsi que ses conséquences juridiques ?

Que nous soyons en présence d'une manifestation caractéristique de l'*opinio necessitatis*, relative aux communications Damão-enclaves, c'est ce que corrobore particulièrement, par exemple, la circonstance que les autorités voisines elles-mêmes ont tiré argument de la nécessité du transit pour conclure qu'ils ne pouvaient l'empêcher, c'est-à-dire pour reconnaître l'obligation de laisser passer. C'est ce qui est arrivé, notamment, au sujet du transit du matériel militaire, comme nous l'avons souligné il y a quelques instants.

[Audience publique du 29 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai commencé, pendant la séance de l'après-midi d'hier, à traiter de la coutume locale comme d'un des fondements de notre droit. J'ai défini, sous une forme résumée, quelques principes à la lumière desquels cette source doit être envisagée.

J'ai mis notamment en relief la grande difficulté qu'il y a à faire la preuve de l'élément psychologique, ou *opinio juris vel necessitatis*, difficulté reconnue par tous les auteurs, et qui ne doit pas être perdue de vue dans l'évaluation de cette preuve.

J'ai commencé à démontrer la présence de cet élément dans le cas qui nous occupe.

Dans cet ordre d'idées, j'ai déjà signalé différentes pièces contenues dans le dossier, entre autres celles où sont produites des affirmations réitérées des autorités des deux États visant à mettre en relief le caractère nécessaire du transit entre Damão et les enclaves.

Certaines autres affirmations, faites de partie à partie, sur le caractère spécial des enclaves, sont aussi dignes de remarque. Les autorités de l'un et de l'autre État accentuent son particularisme. Ces autorités ont donc pleinement conscience de ce particularisme, qui est à la racine du droit de passage invoqué par le Portugal.

L'entrée, en général, en territoire voisin n'est pas objet d'un droit. Mais le passage de Damão vers les enclaves et *vice-versa*, lui, l'est.

Pourquoi?

Précisément parce que ce second cas est un cas spécial, un cas particulier, qui rend absolument nécessaire le passage, sous peine pour le Portugal de ne plus pouvoir exercer sur les enclaves la souveraineté qu'il détient légitimement. Or — je le répète — la conscience de ce particularisme apparaît clairement dans les documents.

Par exemple, comme on le voit dans les paragraphes 170 et 176 de la réplique, le gouverneur de Goa, dans une lettre du 16 mai 1859, adressée au gouverneur de Bombay, signale — sans aucune réaction de la part des Britanniques — le cas particulier de l'existence, dans les limites du territoire britannique, de différents villages liés à Damão. L'auteur de cette lettre — reproduite à l'annexe indienne C n° 39 — y protestait contre le fait que les autorités britanniques n'avaient pas laissé passer quelques soldats portugais armés sur leur territoire, et il invoquait à cet égard la réciprocité: nous ne nous opposons pas à ce que les soldats britanniques traversassent le nôtre. Mais — et c'est le point qui nous importe — il invoquait encore de plus la circonstance qu'il y avait des villages enclavés en territoire britannique qui faisaient partie du district de Damão. C'est-à-dire que, relativement à ce district, il existait une raison particulière qui empêchait les autorités britanniques de s'opposer au transit. Cette raison, distincte et indépendante de la réciprocité, était l'existence d'enclaves en tant que parties intégrantes de ce district portugais.

Cette claire manifestation de l'*opinio necessitatis* ne suscita pas la moindre opposition ni le moindre doute de la part du Gouvernement de Bombay, qui ne la récusait pas, ni même ne fit aucune réserve, mais au contraire montra qu'il l'acceptait intégralement en s'excusant dans sa réponse de l'inadvertance commise.

Dans le même ordre d'idées, il faut rappeler brièvement l'exposé fait aux paragraphes 183 à 185 de la réplique, dont la force démonstrative.

n'a été ni détruite ni même diminuée par ce qui a été écrit dans la duplique à ce sujet.

Fin 1953, le régime général du passeport et du visa fut étendu, par l'Union indienne, au gouverneur de Damão et aux fonctionnaires portugais en déplacement entre Damão et les enclaves.

Mais il existait une particularité relative aux fonctionnaires portugais permanents de Damão et de Silvassa — capitale de l'arrondissement de Nagar-Aveli: le visa de ces fonctionnaires pouvait être concédé par le chef du pouvoir judiciaire de Surat.

Le ministère des Affaires étrangères de l'Inde spécifiait qu'il délèguait ce pouvoir à ce magistrat pour faciliter l'administration de l'enclave portugaise de Silvassa — c'est-à-dire Dadrá et Nagar-Aveli — et ce à titre absolument spécial. « *In order ... to facilitate the administration of the Portuguese enclave of Silvassa, and as a very special case* » — tels sont les termes exacts de la note de ce ministère du 23 décembre 1953.

Le sentiment du cas particulier représenté par les enclaves, en même temps que le sentiment de la nécessité de rendre leur administration possible, se manifeste ici clairement, et le fait, Monsieur le Président, Messieur de la Cour, est d'autant plus digne de remarque que cette affirmation a été mise par le ministère des Affaires étrangères de l'Union indienne dans les termes catégoriques qui ont été reproduits, au moment où l'Union indienne avait déjà commencé à suivre sa nouvelle orientation, hostile au Portugal, dans laquelle elle s'engagea à partir de 1953.

Ainsi, malgré ce changement d'orientation, le ministère des Affaires étrangères de l'Inde ne pouvait se dérober à la reconnaissance de ce qu'il y avait de particulier dans le cas des enclaves — *a very special case* — et de la nécessité où il se trouvait de faciliter ou de rendre possible leur administration.

Voici donc l'exposé d'un ensemble de faits qui constituent de nouvelles manifestations, parmi tant d'autres, de l'*opinio necessitatis*.

Il me faut maintenant envisager un autre ordre de faits, révélateur lui aussi du sentiment de la nécessité du passage entre Damão et les enclaves. Il s'agit de la réalité suivante: interdiction de l'entrée en territoire voisin, mais permission du transit entre Damão et les enclaves.

En effet, en certains cas, ni les personnes ni les choses ne pouvaient pénétrer sur le territoire voisin — quand elles venaient des terres portugaises de l'Hindoustan —, tandis qu'elles pouvaient traverser ce territoire pour se rendre de Damão aux enclaves.

A un régime général d'interdiction, donc, s'opposait un régime spécial d'autorisation.

L'entrée dans le cas général était interdite, le passage dans le cas spécial était autorisé.

C'est ce qui arrivait, du moins, quand le Portugal ne pouvait assurer autrement ses communications avec les enclaves dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur elles.

Ce qui se passait pour le matériel militaire est particulièrement caractéristique. Ainsi, soit pendant la période où le Traité de 1878 fut en vigueur, soit postérieurement à celle-ci, l'importation en territoire indien de matériel militaire provenant du territoire portugais était absolument interdite.

Tel était le régime général.

Mais, comme nous le savons, ce régime ne s'appliquait pas au cas particulier de Damão et des enclaves.

Pourquoi?

Parce qu'il n'était pas compatible avec ce cas particulier. Parce qu'il ne s'ajustait pas aux nécessités des communications en cause; parce qu'il n'aurait pas permis de les maintenir, dans la mesure imposée par les exigences de la souveraineté portugaise. C'est là un nouvel indice très révélateur de l'*opinio necessitatis*, de ce sentiment partagé aussi bien par les autorités portugaises que par les autorités britanniques, que les communications entre Damão et les enclaves correspondaient à une nécessité et qu'on devait par conséquent les respecter dans les limites exigées par notre souveraineté.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je ne voudrais pas fatiguer l'attention de la Cour, mais les circonstances m'obligent à rapporter, brièvement, encore certains autres faits qui corroborent ce qui a été dit sur l'*opinio juris sive necessitatis*.

L'administration civile et l'organisation militaire et policière des deux enclaves ont toujours eu un siège unique; il fut situé d'abord à Dadrá, ensuite à Silvassa, dans le territoire de Nagar-Aveli. Ce fait, dont font état les paragraphes 166 à 168 de la réplique, et que corrobore l'annexe indienne F n° 53, s'explique par la certitude où le Gouvernement portugais était de pouvoir faire passer ses autorités et ses fonctionnaires par le territoire compris entre ces deux enclaves. Cette certitude n'aurait pu se contenter comme base, soit d'une simple tolérance ou d'une faveur, soit d'une situation précaire, et elle ne pouvait se fonder que sur la reconnaissance du caractère obligatoire du passage.

Un autre point:

Au cours de l'histoire, comme on l'a relaté aux paragraphes 210 à 212 de la réplique, l'idée de l'acquisition par le Portugal d'un *corridor*, qui aurait relié Damão aux enclaves, fut agitée à diverses reprises entre les autorités portugaises et les autorités britanniques. Et elle ne parvint pas au stade de l'application, mais par les circonstances dont elle est entourée, elle est révélatrice de la conviction où étaient les autorités des deux États de la nécessité du transit entre les enclaves.

Qu'on veuille bien noter que, dans ces négociations, on ne se proposait nullement d'assurer ce transit, on ne se proposait pas de nous attribuer un droit sur lui. Pourquoi? Mais parce que ce droit nous appartenait déjà. Le but visé était de nous assurer le transit par un territoire qui nous appartient. On voulait, en un mot, remplacer le simple droit de passage que nous possédions par un droit de souveraineté.

Cette solution extrême du droit de souveraineté une fois rejetée, on n'aurait certainement pas manqué d'avancer la solution plus modérée du droit de passage si celui-ci n'avait pas déjà été — comme il l'était — une réalité.

Dans ce chapitre, la manière dont, en 1859, le colonel Pope, commissaire britannique pour le règlement de certaines affaires en cours, manifestait son accord sur l'idée de cession d'un corridor au Portugal, vaut la peine d'être mise spécialement en relief. Cette cession, disait-il (annexe indienne C n° 35), « assurerait au Portugal un transit ininterrompu par ses propres territoires, de la *pargana* de Nagar-Aveli à celle de Damão ».

On n'avait donc pas en vue d'assurer au Portugal un transit continu, puisque celui-ci était déjà assuré, mais un transit continu par ses propres territoires. C'est en ceci uniquement — faire passer le transit par le territoire national — que résidait l'innovation.

Le Gouvernement de l'Inde, au paragraphe 373 de sa duplique, déclare que si, au cours de l'histoire, le Portugal a voulu acquérir la souveraineté sur une bande du territoire qui sépare Damão des enclaves, c'est parce qu'il n'avait pas le droit de passer sur ce territoire. S'il avait possédé ce droit — prétend le Gouvernement de l'Inde — il lui aurait suffi et donc l'obtention d'un corridor serait devenue inutile. Le raisonnement est dépourvu de toute espèce de valeur. Il ne serait juste que si le résultat eût été le même dans les deux cas, que si un simple droit de transit et le droit de souveraineté avaient pu procurer les mêmes avantages.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette équivalence n'existe pas du tout. Il est évident que le droit de passer sur un territoire étranger et celui de circuler sur son propre territoire ne sont pas deux droits de même valeur. Le premier est infiniment plus faible, extrêmement moins puissant que le second.

Le simple droit de transit s'exerçant sur un territoire assujéti à la souveraineté d'un autre État doit, de ce fait, être concilié avec les exigences de cette souveraineté, dans la mesure où ces exigences seront compatibles avec son intégrité et son effectuation. Au contraire, le droit pour un État de circuler sur une bande de terre lui appartenant est une manifestation de la souveraineté qu'il possède sur celle-ci comme sur les autres parties intégrantes de son territoire.

On comprend facilement, dès lors, que le Portugal, qui possédait déjà le minimum — le droit de passage —, ait désiré atteindre le maximum — la souveraineté sur un territoire de jonction.

D'autre part, l'affirmation avancée au paragraphe 374 de la duplique que les autorités portugaises n'avaient pas demandé la concession du droit de transit, malgré les échecs réitérés des négociations pour l'obtention d'un corridor, de crainte que cette concession ne leur fût aussi refusée est, elle aussi, inacceptable. Une telle affirmation est purement conjecturale et illogique; elle ne trouve pas le plus petit appui dans les faits, nous la constatons, au contraire, en désaccord avec eux.

Si le Portugal n'avait pas eu le droit de transit, il n'aurait pas manqué de le demander, et avec des raisons plus fortes, car le droit de transit était essentiel pour le Portugal, au lieu que le corridor, tout en étant plus commode, ne lui était cependant pas indispensable. Le Portugal, en faisant cette demande d'un droit de transit, pouvait gagner et cependant ne risquait rien. Il gagnait si on faisait droit à sa demande puisqu'il acquérait ce droit; il ne perdait rien dans l'autre hypothèse puisque le *statu quo* subsistait.

Ceci prouve bien, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'inconsistance de l'argumentation adverse.

Ce n'est pas de crainte de ne pas l'obtenir que le Portugal s'est abstenu de réclamer le droit de transit, c'est tout simplement parce qu'il le possédait déjà.

Comme on le voit, d'après la phrase du colonel Pope, le Portugal avait le transit assuré. Ce qu'il n'avait pas assuré, c'était uniquement le transit par ses propres territoires. De là, les négociations entamées à ce sujet, ayant pour seul objet l'acquisition d'un corridor.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les travaux préparatoires de la convention de Barcelone de 1921 sont, eux aussi, fort elucidatifs; et en particulier ceux concernant l'article 14 du statut sur la liberté du transit établi par cette conférence, conformément à ce qui est dit aux

paragraphes 227 à 235 de la réplique, et sur quoi j'attire respectueusement l'attention de la Cour.

Il en ressort notamment qu'il existait un transit avec nos enclaves de l'Hindoustan; que seules des difficultés d'ordre administratif firent exclure ces enclaves (comme d'autres) des dispositions du statut, mais *sans préjudice du respect dû, dans la mesure du possible, aux principes du statut, et sans préjudice des facilités de transit et de communications*; il en ressort aussi que l'Inde *ne se proposait, en aucune façon, d'empêcher, ni même d'entraver ce transit, mais au contraire qu'elle s'engageait expressément et solennellement à le faciliter.*

Comme nous sommes loin, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de cet engagement que le délégué de l'Inde tint alors à faire insérer au procès-verbal de la conférence et combien totalement la réalité dans laquelle nous vivons depuis 1953 et surtout depuis 1954 s'oppose à cet engagement!

Rien de ce qu'on lit dans la duplique (par. 397 à 403) sur la convention de Barcelone ne parvient à invalider ou même affaiblir les considérations dont je viens de détacher quelques-unes des conclusions principales faites dans la réplique sur le sujet.

Dans la proposition d'où sortit l'article 14 du statut sur la liberté du transit, ainsi que dans la lettre du délégué portugais mentionnée par la Partie adverse, on prévoyait comme possibles et non comme obligatoires des accords spéciaux tendant à régler les conditions du transit. Cette prévision n'était nullement incompatible avec l'existence, pour le Portugal, d'un droit d'accès à ses enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Ces accords possibles seraient destinés — comme tant d'autres à travers les temps — à déterminer bilatéralement, dans un esprit de bon voisinage, les modalités et conditions du passage.

Mais l'existence du droit du Portugal au transit entre Damão et la *pargana* n'était pas — et ne l'avait jamais été — dépendante de tels accords, que l'État local n'était pas obligé de conclure. En l'absence de ceux-ci, la réglementation du transit devait être établie unilatéralement par cet État local, conformément à son droit, comme cela se fit toujours.

Les accords étaient jugés convenables pour mieux régler le passage, afin d'obvier aux difficultés administratives nées de la contrebande à laquelle se livraient les sujets des deux États, ainsi que cela ressort des comptes rendus de la conférence, page 17. Profitons de l'occasion pour souligner que, d'après ce document et plusieurs autres, la contrebande — phénomène universel impossible à conjurer — n'était évidemment pas uniquement le fait de sujets portugais, mais que les sujets indiens s'y livraient aussi.

D'autre part, il faut observer que l'article 14 du statut, en ce qui concerne les territoires par lui visés, ne se contente pas d'ordonner, de faciliter, dans la mesure du possible, le transit et les communications, mais aussi — et par-dessus tout — de respecter les principes du statut. Or un des principes majeurs de ce statut est la consécration du droit de transit.

Je ne saurais manquer d'observer pour finir que le Gouvernement indien lui-même reconnaît — il ne pouvait faire autrement — au paragraphe 401 de la duplique:

« Lorsque la convention de Barcelone a été élaborée, l'Inde n'avait nullement l'intention d'empêcher ou d'entraver le transit entre Damão et les enclaves. »

En effet, l'Inde, par la voix de son délégué à la conférence, s'exprima à plusieurs reprises en des termes selon lesquels elle se considérait comme obligée de ne pas créer cet empêchement ou cet obstacle, ainsi qu'on le voit dans les extraits reproduits au paragraphe 232 de la réplique.

Le Gouvernement indien reconnaît encore — comme il ne pouvait, non plus, manquer de le faire — que l'état de choses créé par lui à partir de 1954 par rapport à Dadrá et à Nagar-Aveli est en complète contradiction avec les déclarations catégoriques de son délégué à Barcelone.

Ceci nous suffit. La reconnaissance de ces deux points par la Partie adverse est significative.

Tout ce que la Partie adverse écrit de plus sur ce sujet est dépourvu de valeur. Les considérations présentées *ex adverso* sur ce que le délégué indien à la conférence aurait dit s'il avait pu prévoir les événements survenus en 1954 à Dadrá et à Nagar-Aveli sont vraiment sans importance du fait de leur caractère purement conjectural. Ce qui importe, ce n'est pas ce qui aurait pu être dit, c'est ce qui a été dit.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, un fait d'une importance capitale, en tant que révélateur de l'*opinio juris sive necessitatis*, en tant que significatif de la reconnaissance de notre droit de passage, c'est encore celui qui se rapporte à la construction des aqueducs de Lavacha, affaire que le Gouvernement portugais a exposée en détail du paragraphe 251 au paragraphe 253 de sa réplique.

Comme on l'a alors expliqué, la route qui relie Damão à Nagar-Aveli est croisée dans la région de Lavacha, en territoire indien, par deux cours d'eau, le Duti et le Quesli.

Régulièrement, pendant la saison des pluies, la route était coupée, quelques fois par an, pendant quelques heures chaque fois, par les crues de ces deux cours d'eau. Cette impraticabilité de la route nuisait au transit, car, pendant sa durée, les liaisons entre Damão et les enclaves se trouvaient entravées.

C'est pourquoi, en 1941, les autorités portugaises proposèrent aux autorités britanniques la construction de deux aqueducs qui permettraient d'éviter le débordement des deux cours d'eau. Et, étant intéressés à cette construction, dont devait bénéficier l'exercice de notre droit de passage, nous offrions de participer à son financement.

Les autorités britanniques accédèrent à cette double proposition, et avec notre accord, évaluèrent notre participation à la moitié de la valeur totale du prix des travaux. Les deux États devaient donc contribuer par moitié aux dépenses.

Du fait de la guerre et de l'augmentation successive des prix, l'affaire traîna pendant quelques années.

Survint l'indépendance de l'Inde.

Ce fut alors cet État qui reprit la question, sans modifier l'orientation auparavant suivie, d'un commun accord, par les autorités portugaises et britanniques.

Le 20 mai 1954, la construction des aqueducs de Lavacha commença, d'après les renseignements fournis par les autorités indiennes.

Le 2 février 1955, nous payâmes notre contribution à cet ouvrage, contribution qui avait été fixée en dernier lieu à 28.553 roupies. Nous la

payâmes en déposant cette somme, à la *Reserve Bank of India*, au crédit du Gouvernement de Bombay.

Pourquoi la construction des aqueducs s'est-elle faite dans les conditions relatées?

Et en particulier, pourquoi contribuâmes-nous aux frais de sa construction, aux termes de l'accord conclu d'abord avec la Grande-Bretagne et ensuite avec l'Union indienne elle-même?

Parce que nous avions, et nous le conservons, le droit de passage entre Damão et les enclaves et que, donc, nous tirions bénéfice de cet ouvrage fait sur le trajet emprunté par nous pour exercer ce droit.

C'est là une reconnaissance sans équivoque possible, aussi bien de la part des Portugais et des Britanniques que des Indiens, du droit que nous revendiquons dans le procès actuel.

Le Gouvernement indien consacre à ce cas de la construction des aqueducs de Lavacha les paragraphes 423 et 463 de sa duplique. Il se limite à de brèves considérations qui laissent intacte l'argumentation fournie par le Gouvernement portugais.

Commençons par le paragraphe 463.

Le Gouvernement de l'Inde y affirme que le fait qu'il ait entamé la construction des aqueducs relativement peu de temps avant les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli « avec l'intention de faciliter le transit » prouve qu'il n'avait pas le dessein d'empêcher les communications.

Cette conclusion n'est pas fondée.

Peu importe que la route soit en bon état si l'accès en est interdit.

Il n'y a pas incompatibilité entre les deux faits: reconnaissance du droit de passage, interruption des communications. C'est si vrai que, même après cette interruption en juillet 1954, ce droit nous fut reconnu, nommément par l'acceptation de notre contribution monétaire payée en février 1955.

Arrivons maintenant au paragraphe 423 de la duplique.

Le Gouvernement indien reconnaît expressément l'exactitude des faits que nous décrivons. Il ne nous impute qu'une seule inexactitude, d'ailleurs sur un point de détail sans importance.

Mais cette prétendue inexactitude elle-même n'existe pas. Elle consisterait en ce que nous aurions affirmé que l'affaire avait été reprise par l'Inde après la guerre. Or ce n'est pas cela que nous avons affirmé. Ce que nous avons affirmé, qui est vrai, c'est que l'affaire fut reprise par l'Inde après l'indépendance.

Le Gouvernement indien prétend ne pas comprendre que l'affaire ait traîné pendant plusieurs années, du moment que les aqueducs étaient considérés par nous comme indispensables à l'exercice du droit de transit. Ici encore la critique est inacceptable.

En premier lieu, la marche de l'affaire ne dépendait pas exclusivement de nous; et la guerre et l'après-guerre, avec leurs répercussions sur les travaux et les prix, ont nécessairement été un motif de retard.

En second lieu, et surtout, nous ne disons pas — ni n'avons jamais dit — que les aqueducs étaient indispensables. Même sans eux, le transit pouvait s'effectuer et des liaisons être maintenues entre Damão et les enclaves; c'est ce qui s'était toujours produit au cours des temps. Avec la construction des aqueducs, on n'avait pour but que d'éviter, sur une des voies d'accès de Damão aux enclaves, la suspension du transit, à la saison des crues, pendant un certain nombre d'heures, une demi-douzaine de fois par an.

La suppression de cet inconvénient offrait pour nous un intérêt appréciable, mais ne représentait nullement une question si pressante qu'elle dût être résolue du jour au lendemain.

La Partie adverse dit que, comme le Portugal avait intérêt à l'existence des aqueducs, on comprend bien qu'il ait proposé leur construction et qu'il se soit offert à participer aux frais et que les autorités britanniques et indiennes se disposaient à réaliser cette construction, sans que cette attitude supposât ou signifîât l'existence d'un droit de transit. Cette affirmation est gratuite et sans fondement. Le fait en soi et les circonstances qui l'entourent prouvent clairement la reconnaissance de ce droit. La construction des aqueducs avait pour fin « d'assurer en permanence les communications entre le siège du gouvernement — Damão — et Silvassa ». Tel est le texte exact de la lettre du gouverneur de Goa, où, en 1941, cette construction fut suggérée pour la première fois; et le gouverneur de Bombay accepta la suggestion sans restriction. (Annexes n^{os} 93 et 94 de la réplique.)

La même idée se fait jour encore dans les renseignements fournis sur l'affaire en 1953 au gouverneur de Goa par le gouverneur et le commandant de la police de Damão (annexes n^{os} 109 et 110). Signalons à ce propos une erreur de traduction ou d'impression dans l'avant dernière phrase de l'annexe 110, erreur matérielle dont la Partie adverse a essayé de tirer parti.

Le commandant de la police ne proposa pas dans ce document de ne pas donner un caractère permanent aux aqueducs, mais bien de ne pas donner un caractère pressant à cette affaire. Il y a eu un lapsus dans la version anglaise où apparaît *permanent* au lieu de *pressing*. Le mot de l'original portugais est *premente* et non *permanente*: *premente* signifie *pressing* en anglais et *pressant* en français.

S'il en était autrement, il y aurait contradiction avec le contexte: le commandant de la police y préconise en effet expressément que l'utilisation de la route devienne permanente. La phrase en question se trouverait alors privée de sens.

L'auteur de l'information conseillait de ne pas donner à l'affaire une tournure pressante, car, disait-il, si le Gouvernement de l'Inde « devine une certaine envie de cette construction il fera naître les difficultés habituelles ». C'est seulement ainsi que la phrase prend un sens.

Mais, cette rectification faite, reprenons le cours de notre raisonnement.

Nous avons vu que dans la pensée commune des deux États, les aqueducs étaient destinés à assurer des communications permanentes par la route de Vapi, entre Damão et les enclaves.

C'est-à-dire que, d'après cette pensée commune, il suffirait aux Portugais, pour avoir des communications assurées de façon continue, de surmonter par la construction des aqueducs l'obstacle physique des crues.

Ceci signifie, sans l'ombre d'un doute, que cet obstacle était l'unique. Il n'y avait pas d'obstacle juridique.

Juridiquement les communications nous étaient déjà assurées; ce n'est que matériellement qu'elles ne l'étaient pas d'une manière complète.

Nous n'aurions pas catégoriquement affirmé qu'une fois les aqueducs construits des communications permanentes nous seraient assurées — et nous avons fait cette affirmation avec la concordance des autorités britanniques — si nous n'avions pas déjà possédé cette assurance sur

le plan juridique, c'est-à-dire, si nous n'avions pas possédé le droit de passage.

En l'absence de ce droit, aurait-on pu affirmer que des communications permanentes nous seraient assurées du seul fait de cette construction? Évidemment non.

D'autre part, il avait été entendu que la construction se ferait avec notre participation financière, participation que nous acquittâmes et que l'Union indienne accepta.

Ceci corrobore l'existence d'une conscience commune aux Portugais, aux Britanniques et aux Indiens de notre droit de passage.

Nous fournîmes notre contribution monétaire pour les aqueducs, en exécution des engagements pris avec les autorités de l'État voisin. Aucune réserve ni restriction ne fut établie quant aux avantages à en tirer.

Que signifie tout ceci, sinon que nous avions et que nous avons le droit à ces avantages?

Notre participation financière aux travaux n'aurait pas été compatible avec l'usage précaire de ceux-ci, d'autant moins que rien n'avait été dit dans ce sens et que, comme le reconnaît textuellement le Gouvernement indien lui-même au paragraphe 423 de la duplique: « la route de Damão aux enclaves présente beaucoup d'importance pour les Portugais ».

Le cas des aqueducs de Lavacha, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, vient s'ajouter à de multiples manifestations, décrites antérieurement, de la conviction ou du sentiment de la nécessité de notre transit entre Damão et les enclaves, c'est-à-dire le droit du Portugal à ce transit.

Tout ce que nous avons avancé s'appuie sur des documents, reproduits aux différents endroits de nos écritures, que nous avons cités.

Je crois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que l'exposé relatif à la coutume locale est suffisant pour convaincre de l'existence de cette source de notre droit.

Les auteurs sont unanimes, nous l'avons vu, à mettre en relief la grande difficulté qu'on rencontre à prouver l'élément psychologique de la coutume. Malgré cette difficulté, dans notre cas cet élément découle avec assez de netteté de la preuve versée au dossier. Et sur ceci, nous terminerons les considérations que nous nous sommes proposés d'émettre sur la matière, c'est-à-dire sur la coutume locale.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, maintenant que j'en ai terminé avec les considérations sur la coutume locale, le moment est venu d'examiner la période post-britannique, c'est-à-dire l'histoire des relations luso-indiennes, période dont le début est marqué par la proclamation de l'indépendance de l'Inde, le 15 août 1947.

Pendant cette dernière époque — dont la relation clôra l'exposé des faits — la position de l'Union indienne passe par trois degrés successifs.

Entre 1947 et aujourd'hui, on assiste en effet à une évolution très nette dans l'attitude de nos voisins vis-à-vis de nous, spécialement en ce qui se rapporte aux communications avec Dadrá et Nagar-Aveli.

Nous pouvons diviser cette évolution en trois phases: de 1947 à 1953; de 1953 à 1954; de 1954 à nos jours.

Pendant la première, le transit entre Damão et les enclaves s'effectue normalement et l'Union indienne va même jusqu'à le favoriser et à le faciliter.

Au cours de la seconde, les autorités de l'État voisin opposent à ce transit des restrictions sans cesse croissantes.

Enfin, pendant la troisième et dernière, on en arrive à la coupure de ces communications et à l'invasion des enclaves: celles-ci sont depuis lors soustraites à l'exercice effectif de notre autorité, que le Portugal se voit dans l'impossibilité de rétablir.

Nous allons fixer les lignes générales qui caractérisent chacune de ces époques successives de l'évolution de la position de l'Union indienne. Ici encore, je me considère, en principe, comme dispensé de descendre au détail, d'entrer dans l'analyse minutieuse de nombreuses circonstances, dont la relation est déjà contenue dans les paragraphes 25 à 40 du mémoire et dans les paragraphes 247 à 290 de la réplique.

Considérons d'abord les faits de la première phase.

Au cours de celle-ci, on ne note pas de changements. Les choses continuent à se passer comme pendant la période précédente. Le comportement des Indiens en face de notre transit par leur territoire est analogue à celui des Britanniques à qui ils ont succédé.

Aussi avons-nous eu la possibilité d'effectuer ce transit comme auparavant. Les personnes et les biens circulent normalement entre Damão et les enclaves. En particulier, nos autorités et nos fonctionnaires — militaires et civils — ont accès à Dadrá et à Nagar-Aveli et peuvent ainsi assurer dans ces territoires l'exercice journalier de notre souveraineté et de notre administration, comme cela avait toujours eu lieu.

Pendant ces premières années de son existence d'État indépendant, l'Union indienne alla même plus loin dans la voie des facilités qu'elle ne le devait en stricte rigueur, à l'exemple d'ailleurs de ce qu'avaient plus d'une fois fait ses prédécesseurs.

Dans cet esprit de compréhension, les autorités indiennes dotèrent de facilités spéciales ou d'immunités certaines formes de transit, ajoutant au droit de passage ces régales complémentaires.

En suivant cet ordre d'idées, le premier aspect à signaler est celui de l'exemption de droits applicable aux produits originaires de Nagar-Aveli expédiés à Damão sous couvert d'un certificat des autorités portugaises.

Nous avons vu en son temps que cette exemption, qui a passé par des vicissitudes variées, avait été rétablie pendant les derniers temps de l'époque britannique, en 1945, après une période de suspension. A un certain moment, l'Union indienne la suspendit aussi, mais elle la remit en vigueur en 1949.

L'exemption de droits applicable aux fournitures destinées aux services publics de Nagar-Aveli, accompagnées d'un certificat du gouverneur de Damão, mérite aussi d'être rapportée. Cette exemption fut aussi rétablie par l'Union indienne en 1950.

Nous traiterons ensuite des immunités accordées au gouverneur de Damão.

Par un accord conclu en 1950, certaines personnalités des deux pays jouissaient de facilités douanières au passage d'une quelconque des frontières entre nos territoires et ceux de l'Union indienne. Ces facilités n'étaient appliquées que si avis préalable du passage avait été fourni.

Mais les déplacements du gouverneur de Damão entre les différentes parties du district assujetti à sa juridiction (Damão littoral, Dadrá, Nagar-Aveli) furent exemptés de cet avis. Étant donné, en effet, la fréquence avec laquelle le gouverneur, dans l'accomplissement de ses fonc-

tions, se déplaçait entre Damão et les enclaves et étant donné, d'autre part, le caractère *obligatoire* de ces déplacements, l'Union indienne accepta que le gouverneur pût profiter desdites facilités douanières de façon permanente, c'est-à-dire sans être soumis à l'avis préalable.

Il s'agit donc, encore là, d'une autre régle, d'un autre privilège que l'Union indienne, à son début, accorda au transit entre Damão et Nagar-Aveli.

On doit encore signaler le fait qu'en 1949 elle a supprimé l'interdiction en vigueur relative au passage du sel, duquel j'ai déjà eu l'occasion de parler quand je me suis occupé de la période britannique.

Tout ce que je viens de dire est relaté en détail au paragraphe 250 de la réplique, avec mention des textes établissant la preuve de nos assertions. Mais il est inutile d'insister sur ces matières puisque, en elles-mêmes, elles sont étrangères à l'objet du litige.

Ce qu'il convient de mettre en relief, c'est que, avec de plus ou moins grandes facilités, nous avons continué au début de l'indépendance indienne à jouir tranquillement de notre droit de passage. Ce droit ne fut alors objet d'aucune violation, ni même d'aucune menace de violation.

A ses débuts, l'Union indienne ne fit que suivre une tradition datant du moment de l'entrée des enclaves sous la souveraineté portugaise et consolidée par une pratique ininterrompue au cours de près de deux siècles.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le panorama que je viens de décrire subit une profonde transformation à partir de 1953.

A l'origine de cette transformation existe, indiscutablement, le fait de notre refus de satisfaire la demande formulée par l'Union indienne, visant à obtenir du Portugal le transfert de ses territoires de l'Hindoustan.

Le Gouvernement indien présenta cette demande au Gouvernement portugais à plusieurs reprises, comme on l'a relaté au dossier, particulièrement aux paragraphes 28 et 29 du mémoire et aux paragraphes 254 et suivants de la réplique. Il le fit, pour la première fois, le 27 février 1950. Le Gouvernement portugais opposa immédiatement un refus formel. Malgré ce refus, le Gouvernement indien paraît avoir continué à nourrir l'espoir d'arriver à obtenir de nous le consentement nécessaire à la satisfaction de ses desseins.

Quoi qu'il en soit, ce qui est sûr, c'est qu'en 1953 il renouvela sa demande. Il la renouvela d'abord le 14 janvier. Puis, devant le nouvel insuccès de son effort, il fit une troisième tentative le 1^{er} mai 1953. Mais, déjà alors, sous forme de menace: il fermerait sa légation à Lisbonne si nous n'accédions pas à ses desirs.

Le Gouvernement portugais répondit, comme il se devait, en maintenant son orientation précédente et en déclarant espérer encore voir le Gouvernement indien reconsidérer la question et s'abstenir d'exécuter sa menace.

Le Gouvernement de l'Inde resta insensible à cet appel et, sans même répondre aux raisons portugaises, fit savoir, par une note brève, que sa légation serait fermée — comme elle le fut effectivement — le 11 juin 1953.

J'espère que la Cour me pardonnera d'avoir remémoré ici ces faits qui sont rapportés à divers endroits dans le dossier. Mais ce rappel devient vraiment essentiel puisque ces faits constituent le point de départ de tout ce qui suivit et qu'ils amenèrent la situation à ce qu'elle est actuellement.

Nous avons vu que le Gouvernement de l'Inde fit, près du Gouvernement portugais, trois tentatives pour obtenir son acquiescement à l'inté-

gration aux siens des territoires portugais de la péninsule de l'Hindoustan. Nous avons exposé aussi l'échec de toutes ces tentatives. Or, ce que l'Union indienne n'était pas parvenue à obtenir de façon directe, elle essaya par la suite de l'obtenir de façon indirecte.

Il est curieux de noter que le Gouvernement de l'Inde, dans les documents par lesquels il nous communiqua ses prétentions sur nos territoires (annexes au mémoire n^{os} 29, 31 et 32), parlait de transfert *direct*. Ces territoires, demandait-il, doivent nous être transférés directement. Ce transfert direct, il ne l'obtint pas. Il tenta alors d'obtenir un transfert indirect, c'est-à-dire un transfert en deux temps. Pendant une première phase, nos territoires seraient soustraits à notre autorité effective; au cours de la seconde, ils seraient intégrés ou incorporés à l'Union indienne.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'Union indienne, peu après avoir fermé sa légation à Lisbonne, commença à enserrer le transit entre Damão et les enclaves par des mesures restrictives qui ont été décrites dans le mémoire aux paragraphes 31 à 34 et dans la réplique aux paragraphes 260 à 273.

Cette description me dispense d'entrer dans le détail. En dehors des quelques développements rendus nécessaires par la duplique, je me bornerai, comme toujours, autant que possible, à mettre l'accent sur les aspects capitaux.

La première observation à faire est que les mesures en cause n'intéressent pas directement l'objet du litige. Ce qui l'intéresse, ce sont les faits, que nous examinerons ensuite, de l'interruption des communications et des attaques aux enclaves. Ces mesures n'ont de rapport avec cet objet que parce qu'elles s'insèrent dans la suite des événements qui a mené à cette interruption et à ces attaques, et parce qu'elles permettent d'en mieux comprendre le déroulement.

La première mesure que prit l'Union indienne, comme conséquence de la nouvelle orientation adoptée par elle à partir de 1953, consista à étendre l'exigence du passeport et du visa au gouverneur de Damão et aux fonctionnaires portugais européens en déplacement entre Damão et les enclaves. Ces formalités avaient déjà dû être observées par les fonctionnaires portugais européens qui entraient en territoire indien, mais non pas par ceux qui de Damão se rendaient aux enclaves ou *vice-versa*.

Pour ces derniers, lesdites formalités n'étaient devenues obligatoires qu'à partir du 1^{er} octobre 1953, en vertu de la note de cette date, qu'on trouve à l'annexe n^o 35 au mémoire, ou mieux, d'après l'interprétation que les autorités indiennes donnèrent par la suite à cette note.

L'innovation ainsi introduite était inoffensive en soi et ne devrait pas mériter qu'on s'y appesentisse.

Il s'agissait, une fois de plus, d'un problème de concession ou de refus d'immunité au transit entre Damão et les enclaves, ou, en d'autres termes, de la réglementation de ce transit, réglementation qui, nous le savons, ressort à la compétence territoriale de l'État indien.

Les autorités de l'Inde ne violaient pas notre droit par le simple fait de subordonner le transit à l'obligation du passeport et du visa, car ces formalités en elles-mêmes n'auraient pas empêché le passage. C'est pourquoi nous avons dit que cette matière n'intéresse pas directement la présente action.

Malgré ce que je viens d'exposer, nous protestâmes contre cette innovation. Nous protestâmes contre la forme employée pour la mettre en pratique, forme qui a été décrite au paragraphe cité de la réplique.

En réalité, et comme on l'a souligné à cet endroit, la note du 1^{er} octobre ne faisait aucune allusion au transit entre Damão et les enclaves et ne pouvait, d'après sa rédaction, ni de près ni de loin, mener à supposer qu'elle avait pour but d'affecter ce transit. Aussi nos autorités continuèrent-elles, légitimement et de bonne foi, d'observer la pratique traditionnelle.

Ce ne fut qu'une fois en territoire indien, à Vapi, sur le chemin de Nagar-Aveli, que, sans aucune espèce de notification préalable, le gouverneur de Damão eut connaissance de la nouvelle exigence indienne — ceci d'ailleurs se passait le 27 novembre, un certain temps donc après la note du 1^{er} octobre. C'est alors seulement que les autorités indiennes déclarèrent interpréter cette note comme se rapportant spécifiquement au transit Damão-enclaves, comme cela ressort de la lettre du consul de l'Inde à Goa du 5 décembre, reproduite à l'annexe indienne E n° 51.

Nous protestâmes encore et surtout parce que nous vîmes dans ces nouvelles formalités imposées à notre transit non une violation de notre droit, mais une menace de violation. Les circonstances précédemment exposées concernant les visées territoriales de l'Inde justifiaient et légitimaient cette crainte.

Etant donné ces précédents, point n'était besoin d'être prophète pour deviner l'avenir. Point n'était besoin d'être prophète pour comprendre que la nouvelle mesure adoptée au sujet du transit entre Damão et les enclaves ne représentait pas autre chose que le préambule d'une série de mesures dont l'aboutissement serait la violation de notre droit.

On se trouvait encore sur un terrain licite, mais déjà en route vers un terrain illicite. On pourrait dire qu'on était déjà entré sur un terrain antijuridique, seulement dans la mesure où il serait exact de qualifier d'antijuridique la menace de violation d'un droit.

Tout menait à supposer chez nos voisins ce propos d'en arriver à créer un état de choses affectant le droit portugais de transit — propos et état de choses sans précédent dans l'histoire de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Une nouvelle période s'ouvrait, au cours de laquelle, pas à pas, l'administration des enclaves allait devenir de plus en plus difficile, et où les communications avec celles-ci se feraient de plus en plus pénibles, jusqu'à en arriver à la situation illégale de leur interruption.

C'était cette interruption, c'était cet isolement de Dadrá et de Nagar-Aveli qui étaient visés comme fin dernière. Cet isolement devait faire tomber sans grand effort ces territoires — comme ils tombèrent en effet — sous l'attaque des bandes qui les assaillirent en juillet-août 1954.

Tout ceci, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, tout ceci, le gouverneur général de Goa le prévoyait — et, répétons-le, la prévision n'était pas difficile — dans ses télégrammes des 27 et 28 novembre 1953 adressés à notre ministre de l'Outre-mer (annexes à la réplique nos 123 et 124). Ces télégrammes précédèrent de peu nos protestations contre les nouvelles exigences indiennes relatives aux passeports et aux visas et mettent parfaitement en évidence leur portée.

Il vaut la peine de détacher du second de ces télégrammes la phrase suivante :

« Le consul [le consul indien] a dit au gouverneur de Damão qu'il promettait de viser les passeports de nos fonctionnaires européens de ce district pour une période de six mois et je vais faire le néces-

saire pour faire face momentanément à la situation, mais je juge indispensable de protester, car je prévois que ce soit là une mesure transitoire, avec l'intention de finir par refuser les visas, afin d'isoler Nagar-Aveli. »

Ce télégramme date du 28 novembre 1953, tout de suite après la communication, faite à Vapi à notre gouverneur de Damão, des nouvelles exigences indiennes.

L'exigence des visas était en soi licite. Ce qui aurait été illicite, ç'aurait été le mauvais usage qu'on en eût fait, en les refusant, avec pour conséquence l'isolement de Nagar-Aveli.

Telle était notre crainte: crainte dont les faits se chargèrent de démontrer et de corroborer le bien-fondé.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en réponse aux arguments avancés par l'Union indienne dans sa duplique, nous estimons opportun de faire encore un certain nombre de remarques sur cette question de l'exigence de passeports et de visas pour le gouverneur de Damão et pour les fonctionnaires portugais en transit entre Damão et les enclaves.

L'Union indienne soutient que l'observation de ces formalités, même en ce qui touche au transit Damão-enclaves, était déjà obligatoire, avant la note du 1^{er} octobre 1953, en vertu des *Indian Passport Rules*, rédigées en termes généraux ne faisant état d'aucune exception relativement à ce transit.

Je ne vais pas — ce n'est pas nécessaire pour mon raisonnement — m'attarder à l'analyse des *Indian Passport Rules*. Il suffira de constater le fait que les autorités indiennes ne les ont appliquées dans la pratique au transit Damão-enclaves qu'après la note du 1^{er} octobre 1953 et en s'appuyant sur elle. Jusqu'à cette époque, ces autorités (aussi bien que leurs prédécesseurs britanniques) n'exigeaient, en fait, aucune formalité des personnes qui désiraient aller de Damão à Nagar-Aveli ou *vice-versa* — même s'il s'agissait de fonctionnaires européens — et les laissaient passer sans passeport ni visa.

Telle était la réalité, réalité, soulignons-le, que l'Union indienne ne renie pas et qui, seule, importe.

Que lesdites autorités aient procédé de cette façon parce qu'elles étaient convaincues qu'en droit strict les *Indian Passport Rules* ne s'étendaient pas au transit Damão-enclaves, ou parce que, malgré la conviction contraire, elles ont désiré, en fait, ne pas les appliquer à ce transit, ce qui est certain, c'est qu'en réalité leur non-application a constitué la pratique établie.

Or, cette pratique cessa subitement de fonctionner, remplacée par la pratique contraire, vers la fin de 1953.

Cela seul nous intéresse ici.

Il y eut, à cette date, une innovation indéniable. Qu'il se soit agi d'une innovation *de jure* ou d'une innovation *de facto*, ce qui est sûr, c'est qu'elle s'est produite sans autre explication que celle, déjà signalée, d'isoler progressivement les enclaves.

Le caractère novateur de la note du 1^{er} octobre 1953 est clairement prouvé par les pièces du dossier.

C'est ainsi que, le gouverneur de Damão ayant reçu, alors qu'il était déjà en route pour Nagar-Aveli, le 27 novembre, l'avis qu'il ne pouvait passer en transit sans passeport visé, le gouverneur de Goa, dès le jour suivant, adressa à notre ministre de l'Outre-mer un télégramme, où il fit ressortir qu'il s'agissait d'une mesure prise *sans avis préalable*.

Conformément à la suggestion faite dans ce télégramme, notre légation à New-Delhi protesta par une note du 2 décembre (annexe n° 37 au mémoire). Elle manifestait « sa surprise devant une mesure aussi soudaine », qu'elle qualifiait de « contraire à la pratique traditionnelle entre les deux Gouvernements ».

Dans sa réponse du 23 décembre (annexe n° 38 au mémoire), le Gouvernement indien, bien loin de contester le qualificatif de « novatrice » attribué à ladite mesure, accepta cette qualification et la confirma, essayant de la justifier par des raisons d'ailleurs inexactes.

La légation répondit à son tour à cette note par celle du 18 janvier 1954 (annexe n° 39 au mémoire), où il est reparlé des « nouvelles mesures prises par les autorités indiennes au sujet du transit des fonctionnaires portugais européens entre Damão et Nagar-Aveli ».

Suivit la note du ministère des Affaires étrangères de l'Inde du 20 février 1954 (annexe n° 163 à la réplique), où, se rapportant à ces mêmes mesures, il écrit : « les mesures *maintenant* en vigueur ».

Nous citerons encore la lettre du 15 mars 1954 du secrétariat du Gouvernement de Bombay au gouverneur de Damão (annexe n° 130 à la réplique), qui qualifie de « *système récemment introduit* » le système des visas de transit pour les fonctionnaires portugais européens entre Damão et Nagar-Aveli.

Le chef du cabinet du gouverneur de Goa, lui aussi, dans sa lettre du 21 décembre au consul de l'Inde (annexe indienne E n° 52) définit l'exigence de ces visas comme étant un « *changement du statu quo ante* », expression que le Gouvernement de l'Inde accepte et reproduit au paragraphe 432 de la duplique.

Les témoignages, émanés aussi bien des autorités portugaises que des autorités indiennes elles-mêmes, et attribuant un caractère *novateur* au système des visas appliqué à partir de fin 1953 aux fonctionnaires portugais européens se déplaçant entre Damão et les enclaves, comme étant un système opposé à la pratique traditionnelle — ces témoignages, dis-je, sont donc multiples et concordants.

Le Gouvernement indien, à ce sujet, accuse l'argumentation portugaise de contradiction — de « grave contradiction », écrit-il.

D'après les affirmations du paragraphe 438 de la duplique, le Gouvernement portugais dans sa réplique aurait déclaré, d'un côté, que le système des visas représentait une violation de son droit de passage, et, d'un autre côté, que ce système se relie à un problème d'immunité, qui, comme tel, n'intéresse pas directement l'action actuelle. Le Gouvernement indien va plus loin encore, et il avance que dans toute notre réplique nous prétendions déduire des immunités le droit de passage, bien que nous affirmions ensuite que celles-ci sont sans importance.

Il faut signaler que l'Union indienne interprète mal notre argument. Il suffit de lire les paragraphes 261 à 264 de la réplique, où la question est traitée, pour s'en rendre compte.

Nous écrivions au paragraphe 263 de la réplique :

« C'est encore ici, une fois de plus, un problème *d'immunité* qui est en cause. Comme tel (répétons-le), il n'intéresse pas directement cette action. La subordination du transit entre Damão et les enclaves à des formalités de passeport et de visa n'est pas, par elle-même, violatrice de notre droit à ce transit. »

Comme on le voit, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous affirmions expressément que l'exigence des visas n'est pas, par elle-même,

violatrice du droit de transit. Affirmation exactement contraire à celle que nous attribuée l'Union indienne.

Et le plus curieux, c'est que l'Union indienne, dans ce même paragraphe de sa duplique (paragraphe 438) où elle nous fait dire que nous qualifions l'exigence des visas de violatrice du droit de passage, reproduit l'extrait de notre réplique, que je viens de lire, où nous déclarons explicitement le contraire.

Certes, nous n'avons pas manqué de dire et de préciser dans la réplique que les autorités portugaises avaient protesté contre l'adoption de la pratique des visas. Mais ce qu'on lit dans le paragraphe 438 de la duplique — c'est-à-dire, que nous ayons vu dans cette attitude de nos autorités une protestation contre la *violation* du droit de passage — est absolument inexact. Ce que nous y avons vu — et c'est bien différent —, c'est une protestation contre la *menace* de violation du droit de passage.

Une simple lecture des paragraphes 263 et 264 de la réplique le prouve.

On y lit que, bien qu'il n'y ait pas eu, dès ce moment, violation de notre droit de transit, nous avons protesté. Et après nous être interrogés sur le sens de notre protestation, nous répondions que l'explication s'en trouve dans les télégrammes du gouverneur de Goa des 27 et 28 novembre 1953, particulièrement dans le second, où la protestation est conseillée, malgré la promesse du consul indien quant à la durée de validité des visas, de crainte que ceux-ci ne viennent à être refusés comme un moyen d'isoler Nagar-Aveli. Et dans la suite de l'exposé, il est écrit dans le paragraphe 264 de la réplique :

« Et ce fut pour cette raison, ce fut parce qu'elles virent dans cette innovation une menace de violation de notre droit de transit, qu'elles » (nos autorités) « protestèrent énergiquement. »

La contradiction qui nous est imputée est donc purement gratuite. Comme il est purement gratuit d'affirmer que nous avons déduit notre droit de passage des immunités.

La contradiction existe, oui, mais chez nos distingués contradicteurs, qui soutiennent dans le contre-mémoire, paragraphes 207 et 208, que les autorités portugaises acceptèrent sans protestation l'exigence des visas et qui reconnaissent dans la duplique, paragraphes 439 et 440, comme d'ailleurs ils ne pouvaient manquer de le faire, qu'il y a eu protestation. Protestation dont l'exacte signification, nous le répétons, se comprend parfaitement à la lumière des informations du gouverneur de Goa, auxquelles notre légation se réfère expressément dans sa note du 2 décembre 1953 (annexe n° 37 au mémoire). Notre légation invoque les principes de coopération et de bon voisinage, ainsi que les exigences de l'administration des enclaves, car la nouvelle orientation prise par l'Union indienne mettait en danger ces principes et la satisfaction de ces exigences.

[Audience publique du 29 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'Union indienne continua de fouler la voie dans laquelle elle s'était engagée le 1^{er} octobre 1953 en envoyant la note datée de ce jour.

Un moment vint où elle rendit extensible les formalités du passeport et du visa aux fonctionnaires goanais (non européens), qui en avaient toujours été exemptés jusqu'alors. Les *Indian Passport Rules* de 1950

furent modifiées dans ce sens le 10 avril 1954, comme on le constate à l'annexe indienne E n° 55.

Et l'Union indienne ne s'arrêta pas là. On adopta successivement des mesures dont le but était de restreindre et d'entraver chaque jour davantage les communications entre Damão et les enclaves, mesures qui remplirent leur office.

Dans le nombre sont celles relatives au transit des véhicules et à la suppression des facilités douanières existant auparavant. Les annexes citées au paragraphe 269 de la réplique se rapportent aux unes et aux autres.

D'autre part, les autorités indiennes firent des différentes mesures prises un usage qui dénonçait clairement leur intention de préparer le terrain pour parvenir, grâce à des difficultés graduellement croissantes, à une situation finale d'interruption complète des communications.

Particulièrement en ce qui regarde l'utilisation du système des visas, il convient de signaler des faits comme ceux qui suivent, tous amplement prouvés par les documents mentionnés au paragraphe 268 de la réplique:

- fréquents refus des visas;
- fréquents retards dans leur délivrance;
- réduction progressive de la durée de leur validité et de leur portée: pendant cette durée il ne pouvait être accompli qu'un seul voyage;
- exigence, à partir d'un certain moment, de deux visas séparés, l'un pour l'aller, l'autre pour le retour, mais avec cette restriction que le second ne pouvait être concédé avant que le voyage d'aller eût été effectué;
- création de difficultés dans la détermination de l'autorité compétente pour la délivrance des visas, en plus de difficultés de différents autres ordres;
- nécessité de demander les visas par messenger spécial envoyé à Surat, ville éloignée de Damão aussi bien que des enclaves.

Et ce qui est dit des visas s'applique aux permis exigés pour certains fonctionnaires.

Voilà, dans la réalité, où on en était arrivé.

Avec ou sans prétexte, les autorités indiennes, à chaque instant, refusaient les visas sollicités ou assujettissaient leur concession à des ajournements considérables qui obligèrent, à plusieurs reprises, les messagers à se rendre à Surat pour rien, ou suscitaient à leur égard des difficultés de toute espèce.

Quelques exemples caractéristiques:

De la fin novembre 1953 à la fin janvier 1954, c'est-à-dire durant une période de deux mois, aucun fonctionnaire portugais européen n'obtint de visa pour aller de Damão à Nagar-Aveli ou vice versa (annexe n° 41 au mémoire).

Au début de juin 1954, le gouverneur de Damão se plaignait de ce qu'on n'eût accordé que 7 demandes de visas pour passage de fonctionnaires de Damão à Nagar-Aveli ou vice-versa sur 34 qui avaient été présentées (annexe n° 136 à la réplique).

Peu avant l'attaque des enclaves, l'exigence déjà signalée de deux visas successifs, l'un pour l'aller et l'autre pour le retour, vint s'ajouter à toutes les autres difficultés et restrictions (annexes n°s 141, 142 et 143 à la réplique). Cette mesure avait des conséquences particulièrement lourdes, car le fonctionnaire qui se déplaçait de Damão à Nagar-Aveli ou vice-versa, avec l'intention de revenir rapidement si les besoins du

service le demandaient, devait parfois demeurer fort longtemps à Nagar-Aveli ou à Damão en attendant que son visa de retour lui fût accordé, s'il l'était.

Certaines observations et certains commentaires faits par nos autorités à proportion que les communications avec les enclaves devenaient plus difficiles grâce aux mesures appliquées par l'Union indienne méritent aussi d'être mis en lumière.

Par exemple, dans un télégramme du 12 mars 1954, adressé au gouverneur de Goa (annexe n° 129 à la réplique), le ministre du Portugal à New-Delhi, après avoir rapporté une conversation avec un haut fonctionnaire du ministère des Affaires étrangères de l'Inde sur le problème des visas de transit entre Damão et Nagar-Aveli, exprimait son scepticisme quant à l'espoir d'obtenir des améliorations utiles et concluait ainsi :

« Gouvernement Inde évidemment résolu nous rendre position très difficile, même s'il faut violer droit international ou règles morales, fondant sa politique sur refus notre Gouvernement discuter question Goa. »

Dans un autre document du 4 juin 1954 (annexe n° 135 à la réplique) le commissaire de police de Goa, se plaignant que les autorités indiennes n'aient pas donné de permis à l'inspecteur de police de Nagar-Aveli, venu en vacances à Goa, pour qu'il pût retourner à son poste, qualifiait le fait de « subterfuge employé par l'Inde pour réduire notre force de police dans les territoires mentionnés ci-dessus », où il ne serait resté qu'un sous-inspecteur.

Par une lettre du 7 juin adressée au secrétaire du Gouvernement de Bombay (annexe n° 137 à la réplique), le gouverneur de Damão signalait toutes les difficultés qui gênaient nos fonctions officielles, et protestait contre elles.

Le télégramme du 12 juillet 1954 du gouverneur de Goa au ministre de l'Outre-mer du Portugal (annexe n° 142 à la réplique) est également digne de mention. Le gouverneur, peu de jours avant l'attaque de Dadrá, en donnant connaissance de nouvelles mesures restrictives des communications avec les territoires enclavés, fait cette observation :

« J'estime opportun faire protestations énergiques auprès Gouvernement Union indienne nouvelles mesures démontrant intention évidente causer difficultés plus grandes encore à administration enclave, voire même l'isoler. »

Toute cette conduite des autorités indiennes, telle que nous venons de l'exposer, est d'autant plus regrettable qu'au commencement le consul de l'Inde à Goa avait donné au gouverneur de Damão la ferme assurance qu'il accorderait des visas valables six mois (annexes nos 124 et 128 à la réplique) et était même arrivé à promettre solennellement de porter ce délai à un an, d'après le compte rendu d'un fonctionnaire du consulat (annexe indienne E n° 52 et annexe 129 à la réplique). Promesse illusoire que les faits vinrent totalement démentir, comme d'ailleurs le gouverneur de Goa l'avait immédiatement prévu dans son télégramme du 28 novembre 1953.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au paragraphe 443 de sa duplique, le Gouvernement de l'Inde s'efforce de minimiser la valeur de l'argumentation portugaise sur cette question et la force des preuves qui l'appuient, mais il n'y réussit pas.

Il affirme, pour commencer, que les documents par nous présentés « ont généralement trait à des demandes de visa ». Or, il suffit de consulter ceux-ci pour constater que cette assertion donne une idée absolument inexacte de leur teneur. En effet, ce qui se dégage surtout de ces documents, c'est une série ininterrompue de protestations des Portugais contre les refus de visa (ou permis) et contre la façon dont le système en général est appliqué par les autorités indiennes.

Le Gouvernement indien déclare encore, à l'endroit cité de la duplique, que le Gouvernement du Portugal s'est abstenu de joindre en annexe des communications qui prouvent la complaisance apportée par le Gouvernement de l'Inde à satisfaire aux demandes portugaises. Cette critique est, elle aussi, absolument sans fondement.

Quant aux demandes de visas, il ne fait aucun doute que ceux-ci furent à différentes reprises concédés: les documents mêmes annexés à nos écritures le font ressortir. Mais il n'est pas exact que nous disions, ni que nous ayons jamais dit, que les visas avaient été, depuis le début, objet de refus systématique. Il y a eu des visas refusés et d'autres accordés. Mais même quand les visas étaient accordés, très souvent, de forts sujets de plainte n'en existaient pas moins de notre part, car leur concession était longuement retardée, ou bien les circonstances qui entouraient celle-ci rendaient difficiles et précaires les communications avec les enclaves. Nous avons fourni sur tous ces points des preuves abondantes.

Quant aux réclamations portugaises relatives au mode d'application du système, il est inexact de dire qu'elles aient reçu satisfaction. Nous avons eu soin de joindre au dossier, avec les multiples protestations formulées, les réponses indiennes. Or, ces réponses sont des rejets et laissent, par conséquent, subsister les graves inconvénients dont les autorités portugaises se plaignaient. De ceci encore, nous avons fourni de nombreuses preuves.

Nos affirmations ne sont donc ni peu véridiques, ni dépourvues de preuves.

Le Gouvernement indien ne cesse d'arguer de l'insuffisance de notre documentation; cependant, aux multiples documents présentés par le Gouvernement portugais, lui n'en oppose qu'un, l'annexe F n° 98, sur un point concret.

Bien que celui-ci ne revête pas en lui-même une grande importance, je tiens, avec votre autorisation, Monsieur le Président, à m'y arrêter, car il illustre bien le manque de fondement des accusations d'ordre procédural que nous adresse la Partie adverse.

Parmi les documents extrêmement divers relatifs au problème des visas que nous avons annexés à nos écritures figure, comme annexe n° 134 à la réplique, une lettre du 21 mai 1954, du gouverneur de Damão au secrétaire du Gouvernement de Bombay.

Le gouverneur de Damão y signale le fait qu'il a envoyé à Surat un messenger spécial chargé d'obtenir un visa pour lui, gouverneur, et un permis pour certains autres fonctionnaires, mais en vain, du fait que le magistrat du district de Surat, préposé à la délivrance des visas et des permis, s'était absenté pour remplir une mission officielle avec les autres fonctionnaires du service des passeports. Et le gouverneur s'appuyait sur cette circonstance pour insister sur la proposition qu'il avait faite la veille (annexe n° 133 à la réplique) pour que ces visas, concédés pour une seule semaine et pour un seul voyage, devinssent valables pour un mois et pour 4 voyages.

Or, au paragraphe 443 de la duplique, le Gouvernement de l'Inde nous accuse d'avoir omis de joindre en annexe au dossier la réponse du secrétaire du Gouvernement de Bombay à la lettre du gouvernement de Damão du 21 mai. Et il continue :

« Dans sa lettre, le gouverneur de Damão déclarait que le magistrat de Surat se trouvait parfois absent de ce poste et que cette absence provoquait des contretemps et des retards dans l'octroi des visas. Le Gouvernement de l'Inde a donc autorisé l'adjoint du magistrat de Surat à délivrer les visas en l'absence de son chef en déplacement (annexe indienne F n° 98). »

En lisant cet extrait, on garde l'impression que le document cité — l'annexe indienne F n° 98 — ne peut être que la copie de la réponse du secrétaire du Gouvernement de Bombay à la lettre du gouverneur de Damão du 21 mai 1954, réponse que la Partie adverse, quelques lignes plus haut, nous avait accusé d'avoir omise dans la documentation jointe au dossier.

Mais pas du tout ! Il ne s'agit pas de cette réponse. Ce dont il s'agit, c'est d'un document d'ordre intérieur, d'une lettre adressée le 10 juin 1954 par le secrétaire du Gouvernement de Bombay, pas au gouverneur de Damão, mais au magistrat du district du Surat, où le premier apprend à ce dernier que le gouvernement avait résolu d'autoriser l'adjoint dudit magistrat à concéder des visas en son absence.

Pour la réponse du secrétaire du Gouvernement de Bombay au gouverneur de Damão, contrairement à ce que la Partie adverse allègue, comme objet d'une accusation qu'elle nous adresse, nous l'avons jointe au dossier : c'est l'annexe n° 138 à notre réplique.

Dans cette réponse, datée du 15 juin 1954, le secrétaire du Gouvernement de Bombay, en se référant aux lettres du gouverneur de Damão des 20 et 21 mai, annonce le rejet pur et simple de la proposition faite par celui-ci de concéder des visas valables pour 4 voyages. Et bien que cette réponse soit postérieure de cinq jours à la lettre du secrétaire du Gouvernement de Bombay au magistrat du district de Surat, il ne dit rien de celle-ci. Il annonce simplement une communication ultérieure ; on ne sait trop sur quel sujet.

D'autre part, nous ne rencontrons pas trace dans nos archives d'une communication faite aux autorités portugaises du contenu de ladite lettre au magistrat du district de Surat. Et il ne doit pas en exister davantage dans les archives indiennes, car nos honorables contradicteurs n'ont pas, eux non plus, joint cette communication au dossier. Tout porte à croire que celle-ci ne fut jamais faite.

Quoi qu'il en soit, ce qui est certain, c'est que le document présenté par la Partie adverse n'infirme pas notre argumentation. Les autorités indiennes, sur un seul point extrêmement restreint, et sans répondre à nos suggestions, auraient tenu compte, dans une certaine mesure, de nos plaintes, dans la mesure où ces plaintes se rapportaient aux fréquentes absences du magistrat de Surat. Celles-ci, d'ailleurs, avaient déjà fait l'objet depuis longtemps de remarques, tout au moins depuis le 5 mars 1954, comme on le constate par l'annexe n° 128 à la réplique.

Du reste, que nous importait, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que par une décision tardive, et à ce qu'il semble, non communiquée aux autorités portugaises, l'adjoint du magistrat de Surat pût concéder lui-même des visas si ceux-ci continuaient à être refusés ou retardés,

ou entourés de difficultés chaque jour plus grandes? Et ces refus, et ces ajournements, et ces difficultés croissantes, l'Union indienne ne les nie pas, elle ne les nie pas ni ne pourrait le faire.

Elle allègue encore, sur cette question, au paragraphe 444 de la duplique, que les fonctionnaires portugais avaient coutume de mépriser ces réglementations sur l'entrée dans son territoire. Et pour fournir une base à cette assertion, elle revient à citer le cas unique, déjà mentionné au paragraphe 210 du contre-mémoire et déjà réfuté par nous dans une note au paragraphe 269 de la réplique.

Dans cette note, un lapsus renvoie à l'annexe n° 36 au mémoire, alors qu'il s'agit en réalité de l'annexe indienne C n° 87; dans celle-ci, on constate que les individus dont l'Union indienne prétend qu'ils seraient, à un moment donné, passés sans visa pour aller à Nagar-Aveli, n'étaient, en réalité, pas assujettis à celui-ci car, à l'époque, ils n'étaient pas encore fonctionnaires.

À l'appui de cette accusation gratuite (prétendu mépris des règlements indiens par les fonctionnaires portugais), le Gouvernement de l'Inde invoque, au paragraphe 444 de la duplique, une lettre qui pourtant n'est nullement à son avantage. Elle n'est nullement à son avantage, aussi bien parce qu'elle ne possède pas objectivement la signification que ce Gouvernement lui attribue d'une manière arbitraire, que parce qu'elle n'a jamais pu la posséder, étant donné qu'elle est de juillet 1953 et donc d'une époque de beaucoup antérieure à celle où les visas de transit Damão-enclaves ont commencé à être exigés.

Tel est le raisonnement de la Partie adverse: les fonctionnaires portugais auraient méprisé une défense avant que celle-ci ait été formulée.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il ressort de tout l'exposé précédent qu'à partir de fin 1953 l'Union indienne mit en œuvre et intensifia graduellement une série de mesures restrictives appliquées au transit Damão-enclaves et que ces mesures visaient à l'isolement — auquel elles aboutirent — de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Le Gouvernement indien, cependant, prétend soutenir que ces mesures ne possédaient pas cette signification mais, au contraire, ont obéi à une volonté de rétorsion ou de représailles contre de soi-disant attitudes inamicales des autorités portugaises.

Le Gouvernement indien — soulignons-le — ne nie donc pas avoir eu la conduite que nous lui imputons relativement à ce transit; il cherche seulement à en donner une explication différente de celle que nous lui attribuons.

Son explication, toutefois, est absolument insoutenable, ainsi que cela découle des considérations déjà produites à cette barre, et des écritures, en particulier des paragraphes 270 à 273 de la réplique.

Nous ne dirons maintenant que le strict nécessaire pour corroborer notre conclusion et réfuter certains points de vue nouveaux apparus dans la duplique.

Le Portugal, d'après la Partie adverse, aurait adopté dès les premiers moments de l'indépendance de l'Inde une série de mesures discriminatoires à l'encontre des sujets indiens.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la vérité est que les mesures auxquelles se réfèrent nos distingués contradicteurs n'ont jamais revêtu ni la portée ni la signification qu'ils leur prêtent et qu'elles furent appliquées autrement qu'ils ne l'affirment. La description de ces mesures, telle qu'on la lit dans les écritures du Gouvernement de l'Inde, est infidèle.

Je ne pourrai le mettre mieux en évidence que ne le fait le Gouvernement du Portugal dans sa note du 11 février 1954, adressée par sa légation à New-Delhi, au ministère des Affaires étrangères de l'Inde.

Nous avons déjà transcrit dans la réplique le paragraphe 5 de cette note, contenue dans l'annexe n° 40 au mémoire, mais je vous prie de me permettre de le rappeler ici, car il résume parfaitement la situation. Voici sa teneur dans sa traduction française :

« La législation qui régit l'entrée et la résidence des étrangers dans l'État portugais de l'Inde, tout comme celle qui régit leurs activités, est la même que celle qui est en vigueur dans toutes les autres provinces portugaises. Ce sont donc des mesures de caractère général qui sont appliquées indistinctement et il est incompréhensible qu'on ait pu les qualifier de discriminatoires à l'égard des citoyens indiens. Au surplus, animées d'un esprit de bonne volonté et de compréhension, les autorités de l'État portugais de l'Inde ont appliqué ces textes avec la plus grande indulgence ; si l'on tient compte à la fois du grand nombre de nationaux indiens qui se consacrent au commerce, à l'industrie et à d'autres activités en territoire portugais, et des demandes sans cesse présentées par d'autres pour obtenir l'autorisation d'y résider, on conclura que ni les lois ni les règlements en vigueur dans l'État portugais de l'Inde ne sont considérés comme sévères ou discriminatoires par les intéressés. En outre, le consulat général de l'Union à Goa n'a formulé aucun grief concret. C'est pourquoi les allégations du Gouvernement indien en cette matière ne peuvent être considérées comme fondées. »

Ces considérations du Gouvernement portugais — il est important de le faire remarquer — ne rencontrèrent pas d'opposition de la part du Gouvernement indien.

Comme nous l'avons déjà observé dans la réplique, il serait hors de propos d'entrer dans une analyse minutieuse de ces mesures, car elles sont étrangères en elles-mêmes à l'objet de cette action, auquel nous entendons rester fidèles.

L'appréciation globale et non contestée exprimée par le Gouvernement portugais dans l'extrait que je viens de lire est, je le crois, suffisante.

Il aurait d'ailleurs été absolument invraisemblable que le Portugal, souverain dans la péninsule hindoustane d'un petit territoire fragmenté, ayant donc tout intérêt à bien s'entendre avec l'État voisin, eût pris des mesures hostiles à celui-ci.

Je me permettrai seulement d'ajouter une brève remarque : il y a eu un large secteur dans lequel les sujets indiens furent réellement l'objet d'une discrimination de la part de la législation portugaise, mais, empressons-nous de le souligner, discrimination en leur faveur et non à leur désavantage.

Je veux parler du régime de l'entrée des étrangers sur nos territoires de l'Hindoustan, établi par les arrêtés (*portarias*) nos 4590, 4632 et 5046, des 26 décembre 1947, 25 mars 1948 et 23 mars 1950.

Notons ces dates : quand ces actes législatifs furent publiés, l'entrée des Portugais européens sur territoire indien était, depuis longtemps, soumise aux exigences du passeport et du visa.

Malgré cette circonstance, l'entrée des Indiens sur nos territoires continuait, sans exception, à être libre. Et elle a continué de l'être, totalement, après les arrêtés en question. Ce ne fut que beaucoup plus

tard que les sujets indiens furent assujettis aux formalités du passeport et du visa. Cela se produisit le 31 juillet 1954, donc après l'occupation de Dadrá et le commencement des attaques contre Nagar-Aveli.

Les arrêtés que je viens de citer dispensaient expressément les sujets indiens des exigences formulées pour les étrangers en général.

Les premiers n'étaient assujettis qu'à un minimum qui n'avait rien de pénible et les plaçait dans une situation de véritables privilégiés. Ce minimum consistait à devoir produire un document ou une déclaration d'identité à une demande *éventuelle* de l'autorité compétente et à se présenter à ces autorités (aux autorités portugaises) au bout d'un certain délai. Ce délai, fixé à huit jours par l'arrêté n° 4590 de 1947, fut réduit en 1948 par l'arrêté n° 4632 à 24 heures. Après l'arrêté n° 5046 de 1950, il fut porté à 72 heures.

Même sur ce point de la longueur du délai laissé pour comparution devant les autorités, le régime applicable aux Indiens était le plus favorable. En effet, le délai applicable aux autres étrangers, fixé à 5 jours en 1947, fut aussi réduit à 24 heures en 1948 et ne subit pas l'augmentation dont bénéficièrent les Indiens en 1950.

En contrepartie, les Portugais européens qui entraient en territoire indien devaient, en plus de leur assujettissement au passeport et au visa, comme nous l'avons déjà dit, se présenter à la police dans les 24 heures, même après l'augmentation que nous édictâmes de notre côté (voir annexe indienne E n° 46, II, p. 363).

Un détail est digne d'être enregistré: le Gouvernement indien, au paragraphe 198 du contre-mémoire, mentionne l'arrêté de 1947, qu'il reproduit à l'annexe E n° 44; puis au paragraphe 200, l'arrêté de 1948, qu'il reproduit à l'annexe E n° 45.

Dans ce même paragraphe 200, ce Gouvernement dit qu'il avait protesté et qu'à la suite de cette protestation le Gouvernement portugais avait porté en 1950 le délai de 24 à 72 heures; et il cite à ce sujet l'annexe E n° 46.

Or cette annexe E n° 46, contrairement à ce qu'on pourrait supposer à première vue, ne contient pas l'arrêté de 1950, que d'ailleurs l'Union indienne ne mentionne pas explicitement. Et elle ne contient pas davantage la protestation que l'Union indienne prétend avoir formulée.

Il est étrange que l'Union indienne, ayant mentionné explicitement et reproduit les arrêtés de 1947 et 1948, n'en ait pas fait autant pour celui de 1950.

Et la vérité, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la vérité est que cet arrêté de 1950, annexé à notre réplique sous le n° 155, présente un intérêt particulier. Cet intérêt découle de la circonstance qu'on y jumelle, sous le même régime de présentation aux autorités dans les 72 heures, les sujets de l'Inde et les sujets du Pakistan. Or serait-il légitime de trouver spécialement pénible pour les Indiens d'observer une formalité si simple, beaucoup plus simple que celle exigée des autres étrangers en général, et identique à celle appliquée aux Pakistanais?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je voudrais, relativement à cette question, et avant d'en venir à quelques considérations finales, d'ordre général, formuler encore deux observations.

La première a trait à l'extension des formalités du passeport et du visa, en avril 1954, aux Portugais *non européens*.

L'Union indienne a présenté dans son contre-mémoire, comme raison de cette extension, une version inexacte. Le Gouvernement portugais

en a déjà dévoilé l'inexactitude d'une manière irréfutable aux paragraphes 266 et 267 de sa réplique, sur lesquels j'attire respectueusement l'attention de la Cour.

Dans sa duplique, le Gouvernement de l'Inde essaie de sauver son argumentation en donnant, soit dit en passant, une idée incomplète de la nôtre; mais il continue à raisonner sans preuves.

Dans la note indienne du 15 mars 1954, après avoir rapporté, d'une manière absolument exagérée, quelques actes, d'ailleurs parfaitement légitimes, des autorités portugaises, il est déclaré que la continuation de ces actes serait susceptible d'avoir une répercussion sérieuse dans l'Inde. En admettant que c'était la continuation de ces actes qui eût pu avoir une répercussion dans l'Inde, la mesure relative au passeport et au visa qui nous fut annoncée à peine quelques jours plus tard (par une note du 18 qui ne fait aucune allusion à celle du 15) ne pouvait être, d'aucune manière, prise pour une des formes de cette répercussion.

L'autre observation concerne le poste de Dabel, mentionné au paragraphe 431 de la duplique: il ne fut pas créé à la date indiquée dans celle-ci, mais plus tôt, et il ne revêtait pas le caractère qui lui est prêté, comme cela ressort de l'annexe indienne F n° 95.

En un mot, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'examen des faits convainc que les réglementations restrictives du transit Damão-enclaves mises en pratique par les autorités indiennes à partir du 1^{er} octobre 1953 constituèrent une réaction contre notre refus de cession de territoires et obéirent à la volonté d'*isoler* Dadrá et Nagar-Aveli.

Elles n'eurent nullement le caractère, que le Gouvernement de l'Inde leur prête indûment dans ses écritures, de représailles contre certaines mesures prises par nous, et d'ailleurs dénuées de toute signification hostile à l'égard de l'Union indienne.

Pourra-t-on croire que ces mesures, dont la plus ancienne date de 1947, n'aient provoqué les représailles de nos voisins qu'à la fin de 1953?

Ceux-ci avancent, sans preuve, que la situation s'aggrava en 1952. Mais même si cette allégation était exacte, serait-il vraisemblable que cette supposée aggravation n'ait déterminé une réaction indienne qu'au bout d'une année ou de plus d'une année?

Nos distingués contradicteurs prétendent que c'est nous qui, par les dispositions légitimes et inoffensives susmentionnées, avons détérioré les relations entre les deux États.

Nous aurions, d'après eux, adopté une attitude inamicale envers l'Inde.

Mais comment peut-on croire au bien-fondé d'une semblable accusation quand, pendant la première moitié de 1953 encore, le Gouvernement indien faisait des démarches auprès du Gouvernement portugais pour l'ouverture de négociations en vue d'un transfert de territoires?

Comment peut-on croire au bien-fondé d'une semblable accusation quand ce fut le Gouvernement indien qui, en juin 1953, et malgré nos efforts pour l'en dissuader, commit cet acte grave et véritablement hostile: la *fermeture de sa légation à Lisbonne*?

Comment peut-on croire au bien-fondé d'une semblable accusation quand, malgré cette manifestation patente d'inimitié, le Portugal maintint sa légation à New-Delhi et ne la ferma, plus de deux ans plus tard, en août 1955, que quand l'Union indienne le lui eut intimé formellement, comme il appert des annexes 18 et 19 à nos observations sur les exceptions préliminaires?

Il est curieux de noter que la Partie adverse, en aucun endroit du dossier, ne mentionne ses démarches frustrées pour obtenir nos territoires hindoustaniques, et l'acte qui les couronne: la fermeture de sa légation. Acte que suivit peu après la note du 1^{er} octobre 1953, qui marqua le revirement de son attitude en face du transit Damão-enclaves. Toutefois cet enchaînement de faits est, en lui-même, parfaitement elucidatif.

Nous avons, d'ailleurs, différents témoignages de l'époque sur l'objectif visé de l'isolement des enclaves.

Nous avons des témoignages de nos autorités. Plusieurs d'entre eux ont déjà été cités au cours de ces plaidoiries. Nous pouvons y ajouter celui de notre ministre de l'Outre-mer, contenu dans sa dépêche du 16 juillet 1953: il y déclare « impossible d'accepter que les communications entre les territoires de Damão et de Nagar-Aveli soient entravées, attendu qu'il n'existe pas d'autres communications » (annexe n° 154 à la réplique).

Nous avons, en outre, le témoignage des autorités indiennes elles-mêmes. L'un d'eux a trait au désir que nous avons manifesté, en 1952, d'établir une liaison téléphonique entre Damão et Dadrá. Notre projet n'eut pas de suite. Ce n'est pas, cependant, ceci qui importe, puisque cette forme de liaison n'était pas essentielle aux communications. Ce qui importe, c'est la signification de l'avis que le consul indien à Goa donna à ce sujet. Cet avis, défavorable, était basé sur ce que la liaison demandée aurait visé des buts défensifs; et le ministère des Affaires étrangères de l'Inde se montra d'accord avec cette opinion; après réception de cet avis et de différents autres renseignements, il résolut de ne pas répondre sous prétexte que de nombreux mois s'étaient déjà écoulés depuis notre demande (annexe indienne F n° 80).

C'est-à-dire qu'en 1952, après sa première démarche frustrée auprès de notre Gouvernement pour l'acquisition de nos territoires, le Gouvernement indien était déjà animé du secret désir de nous rendre difficile la défense des enclaves.

Je crois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que ce témoignage est suffisamment éloquent.

Ne l'est pas moins celui que j'ai extrait de la note du ministère des Affaires étrangères de l'Inde du 20 février 1954 (annexe n° 163 à la réplique).

Il y est déclaré que les mesures alors en vigueur, et dont nous nous plaignions comme restreignant le transit, étaient impossibles à modifier.

Et pour fonder cette attitude le Gouvernement indien invoquait le désir de réunion des territoires portugais à ceux de l'Inde, et le refus du Gouvernement du Portugal de donner satisfaction aux prétentions manifestées par lui dans ce sens.

C'est là un aveu très clair. Cette réunion de territoires était désirée par le Gouvernement de l'Inde; le Gouvernement portugais cependant n'y consentait pas; d'où les mesures restrictives au transit. C'est-à-dire, adoption d'une pratique tendant à obtenir le même résultat, l'acquisition de nos territoires, *mais par une autre voie*.

La note du ministère des Affaires étrangères du 3 mars 1955 (annexe n° 36 au mémoire, suite des documents reproduits aux annexes indiennes C n° 86 et C n° 87) est aussi particulièrement significative. Cette note, bien postérieure à l'invasion des enclaves, se rapporte cependant à des faits qui seraient survenus antérieurement à celle-ci, en mai et juin 1954,

durant la période pendant laquelle, de son propre aveu, « l'Inde a pris des dispositions relatives à des permis d'entrée pour les fonctionnaires portugais d'origine goanaise et européenne ». Et la note continue :

« Le Gouvernement portugais s'est bien rendu compte que le Gouvernement de l'Inde n'autoriserait pas le transit sur territoire indien des renforts de police qu'il désirait envoyer à Nagar-Aveli pour la répression du mouvement nationaliste... »

Nous trouvons là, une fois encore, l'aveu exprès du Gouvernement indien qu'il soumettait le transit avec les enclaves à l'exigence de visas ou de permis, afin de pouvoir empêcher par ce moyen que nous puissions envoyer, dans ces enclaves, même les simples renforts de police que leur défense rendait nécessaires. Cet objectif était tellement évident que la note elle-même reconnaît que le Gouvernement portugais s'en rendit compte.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on sait que fin juillet et début d'août 1954, Dadrá et Nagar-Aveli furent l'objet de graves événements qui eurent pour effet de soustraire ces territoires, partie intégrante du Portugal, à l'exercice effectif de la légitime autorité portugaise.

Dadrá et Nagar-Aveli subirent une invasion.

Des bandes armées venues de l'Union indienne pénétrèrent dans nos enclaves, les attaquèrent et les occupèrent par la force.

J'ai déjà fait état précédemment d'une série de mesures par lesquelles les autorités indiennes augmentèrent par degrés les difficultés d'accès aux enclaves.

Voyons maintenant de quels moyens elles se servirent plus directement pour rendre possibles les attaques et leur fournir les conditions de succès que celles-ci eurent en effet.

L'Union indienne adopta, à cet usage, deux espèces de moyens; dûment liés entre eux ou concertés: la coopération aux attaques et la neutralisation de la défense.

D'un côté l'Union indienne favorisa l'agression, permettant en particulier qu'elle fût préparée sur son territoire, d'où elle partit.

D'un autre côté elle empêcha la défense: elle fit obstacle à ce que le Portugal pût organiser une résistance efficace.

Par ces deux voies, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il ne fut pas difficile à l'Union indienne, favorisée par sa situation privilégiée d'État encerclant les enclaves, d'assurer le succès des attaques et de contribuer ainsi de façon décisive à l'instauration de l'état de choses illégal qui s'établit sur ces territoires.

Le premier moyen utilisé, la coopération aux attaques, revêtit des formes multiples dont on peut se faire une idée par la lecture du paragraphe 276 de la réplique, où l'on trouvera aussi la citation des preuves documentaires sur lesquelles les affirmations produites ici s'appuient.

En premier lieu, il est absolument certain que les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli ont été provoqués par des bandes ou des groupes d'individus qui pénétrèrent dans les enclaves.

Ces bandes se formèrent en territoire indien et c'est de là qu'elles se mirent en route pour les enclaves dont elles traversèrent la frontière.

Nous sommes donc en présence d'une action venue de l'extérieur.

Il y eut vraiment une violation de frontière, une attaque, une invasion.

Que les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli aient été provoqués par des bandes provenant du territoire indien ne ressort pas seulement

de l'ample documentation du dossier mais de l'aveu même de l'Union indienne (voir en particulier les par. 227 et 228 du contre-mémoire).

Il est non moins certain que des groupements anti-portugais, qui exercent leur activité en territoire indien avec l'appui et sous la protection des autorités de ce territoire, prirent une part active aux événements de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Ces groupements, qui ne sont que pseudo-goanais, puisqu'ils ne comptent parmi leurs membres qu'un nombre restreint de Goanais émigrés ou fugitifs, aidèrent à la préparation et à la mise en œuvre des attaques. Les chefs et les membres de ces groupes figuraient dans les bandes assaillantes.

Nos adversaires eux-mêmes le reconnaissent et l'avouent aux paragraphes 227 et 228 du contre-mémoire.

Et c'était d'ailleurs évident: ce n'est qu'au su de l'Union indienne et avec sa permission que ces groupes ont pu partir de Bombay pour se rendre aux enclaves, entourés d'une large publicité de la presse et de la radio.

Il faut encore signaler les faits rapportés au paragraphe 276 de la réplique.

Comme il résulte de ce qui y est exposé, les autorités indiennes, par différents moyens, paroles, actes et omissions, encouragèrent, stimulèrent et appuyèrent les attentats de lèse-souveraineté portugaise qui furent perpétrés, avec la gravité que l'on sait, à Dadrá et à Nagar-Aveli, et plus concrètement les tentatives de réunion de nos territoires au leur. Ils consentirent, en particulier, à l'organisation et au déroulement sur leur territoire de toute une campagne de propagande: presse, radio, meetings.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sur la question dont je viens de parler, je voudrais maintenant formuler un certain nombre d'observations suggérées par la duplique.

On y laisse entendre que l'affirmation portugaise d'une collaboration indienne dont auraient profité les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli serait apparue pour la première fois dans la réplique. Ceci n'est pas exact; on la rencontre déjà exprimée dans les écritures antérieures à celle-ci. Les paragraphes 35 et 36 du mémoire sont caractéristiques à cet égard.

Le paragraphe 456 de la duplique mérite aussi un mot de commentaire. Il y est fait une synthèse des moyens que, selon la réplique, l'Union indienne mit au service de l'entreprise contre les enclaves. Mais cette synthèse s'écarte du schéma de la réplique, elle est incomplète. Aussi m'en tiendrai-je à ce schéma.

Dans la systématisation de la duplique, les paragraphes 469 à 474, portant en titre: « l'Inde aurait fomenté l'insurrection et aidé les insurgés », correspondent au sujet cité plus haut au paragraphe 276 de la réplique, sur la coopération indienne aux attaques.

Mais la principale argumentation, contenue au paragraphe 276 de la réplique, ne trouve ni réponse, ni même d'écho dans ces paragraphes 469 à 474, pas plus, d'ailleurs, qu'en aucun autre endroit de la duplique.

C'est ainsi que nous avons déclaré, à l'alinéa a) du paragraphe 276 de la réplique, que les enclaves furent attaquées par des bandes ou groupes provenant du territoire indien où elles s'étaient formées. Le fait, qui a déjà été accepté dans le contre-mémoire, n'a souffert, ni ne pouvait souffrir, de contestation dans la duplique.

Nous avons déclaré, à l'alinéa b) du même paragraphe 276, que les groupements anti-portugais exerçant leur activité en pays indien avec

son appui et sa protection avaient pris une part active à la préparation et à la réalisation des attaques. Le fait qui, lui aussi, avait déjà été accepté dans le contre-mémoire, n'a souffert, ni ne pouvait souffrir, de contestation dans la duplique.

Nous signalions à l'alinéa e) du paragraphe 276 de la réplique: « la campagne (menée à bien) en territoire indien au moyen de la presse, de la radio et de réunions en faveur de l'offensive contre la souveraineté portugaise dans l'Inde, campagne qui fit rage, en particulier, peu avant l'invasion des enclaves ». Ce fait n'a pas été démenti, ni ne pouvait l'être, par l'Union indienne.

Celle-ci, sur ce point, se borne à observer, au sujet d'un des documents présentés par nous, qu'il ne mentionne ni Dadrá ni Nagar-Aveli. Mais elle oublie que nous avons formulé notre argumentation en termes généraux, car l'orientation indienne contre la présence du Portugal dans la péninsule hindoustane est véritablement une orientation d'ordre général qui vise tous les territoires faisant partie du Portugal situés dans cette péninsule.

Nous avons encore signalé, à l'alinéa f) du paragraphe 276 de la réplique, les déclarations et les agissements des autorités indiennes encourageant, stimulant et appuyant les vellétés ou les tentatives de réunion de nos territoires aux leurs, dans la ligne logique du déroulement du programme d'annexion ou d'absorption, officiellement communiqué par le Gouvernement de l'Inde à celui du Portugal.

Sur ce point aussi, la Partie adverse produit une argumentation sans valeur.

Le Gouvernement indien ne nie pas, et il ne pourrait le faire, avoir un programme d'annexion visant à incorporer aux siens les territoires portugais voisins.

Ce Gouvernement conteste seulement avoir fomenté et encouragé les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli.

La vérité, toutefois, est que son programme, comme tout programme, a un but pratique, il tend à une réalisation, il essaie de se transformer en action. Son existence constitue, en elle-même, une incitation à cette action, un stimulant et un encouragement à transformer en actes les aspirations formulées.

Le Gouvernement indien, d'ailleurs, ne se limita pas à énoncer son programme annexionniste, il prit une attitude concrète poussant à sa réalisation.

C'est ainsi qu'il présenta au Gouvernement portugais son programme comme matière d'une revendication immédiate.

En outre, il a fait des déclarations publiques répétées, dans lesquelles il affirmait en termes catégoriques que les « poches » constituées par les territoires portugais de l'Hindoustan devaient disparaître par incorporation aux territoires de l'Inde.

Il eut des réunions avec les représentants des groupes anti-portugais vivant en Union indienne pour discuter de l'appui à leur donner dans la lutte contre notre souveraineté.

Voici, sans préjudice du reste, un vaste ensemble de manifestations et d'attitudes échelonnées au cours du temps qui exprime, sans équivoque, l'encouragement et l'appui que le Gouvernement de l'Inde a donnés aux tentatives d'union de nos territoires au sien.

Et puisque ces manifestations et attitudes visaient tous nos territoires de l'Hindoustan, elles embrassaient, du même coup, Dadrá et Nagar-Aveli.

Il découle de cet exposé, et il faut le souligner, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que les affirmations de la portée la plus vaste et la plus générale contenues au paragraphe 276 de la réplique, celles qui font l'objet des alinéas *a*), *b*), *e*) et *f*), ne furent même pas contestées par le Gouvernement de l'Inde ou ne l'ont été que sur des points extrêmement réduits.

Dans ce chapitre, le Gouvernement de l'Inde borne à peu près sa critique à la matière des alinéas *c*) et *d*) de ce paragraphe 276, qui contiennent la mention de faits concrets tels que le recrutement de volontaires prêts à agir contre le Portugal et l'annonce, par la radio de New-Delhi, de la marche de forces régulières vers Silvassa.

Comment la Partie adverse essaie-t-elle de combattre le premier de ces faits, basé sur des preuves que nous trouvons aux annexes 158 et 159 à la réplique? Présente-t-elle des preuves contradictoires? Non. Elle utilise le procédé indirect et sans valeur qui consiste à attaquer le fonctionnaire portugais qui, à l'époque, fournit à son Gouvernement les renseignements contenus dans les annexes en question.

Ces attaques sont dépourvues de base, comme on le voit au bas de la page 134 de la réplique et comme le montre encore la note de la légation du Portugal du 19 août 1953, à laquelle il est fait référence à l'annexe indienne F n° 102. Les documents contenus dans les annexes nos 158 et 159 de la réplique n'ont pas été produits en fonction de l'action actuelle; ils sont contemporains des événements auxquels ils se rapportent. Ils n'étaient pas non plus destinés à la publication. Ils avaient un caractère confidentiel et se bornaient au simple enregistrement des faits, établi par un fonctionnaire qualifié, pour les porter à la connaissance du Gouvernement. On ne voit pas pourquoi ils auraient été partiaux ou tendancieux. Tout pousse à croire au contraire que leurs auteurs, conscients de leur importance, aient cherché à les rédiger avec un soin particulier.

Quant au second des deux faits mentionnés plus haut, nous en trouvons la confirmation dans un renseignement du gouverneur de Goa, lui aussi contemporain et confidentiel. La valeur de ce document reste, de ce fait, intacte en face de celui que lui oppose la Partie adverse, postérieure à la réplique.

En résumé, l'argumentation générale portugaise ne souffre pratiquement pas de contradiction. L'opposition faite ne concerne, pour ainsi dire, que deux faits concrets et, même dans ces étroites limites, elle ne s'appuie sur aucune contre-preuve ou seulement sur une contre-preuve sans valeur.

En face de tout ce qui précède, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on peut donner pour acquis que l'Union indienne coopéra aux attaques.

En particulier, l'Union indienne a laissé utiliser son territoire aux fins d'actes contraires au droit du Portugal, contrairement aux principes rappelés par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 relatif à *l'affaire du Détroit de Corjou*.

Car il est sans contestation possible que l'Union indienne laissa utiliser son territoire pour la pratique d'actes de lèse-souveraineté portugaise.

C'est dans ce territoire que fut préparée l'agression dont furent victimes les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli, et c'est de lui qu'elle partit.

Telle est la conclusion obligée de l'examen de l'ensemble du dossier.

C'est ce qui résulte, notamment, de ce que le Gouvernement de l'Inde lui-même reconnaît expressément et affirme aux paragraphes 227 et 228 de son contre-mémoire.

[Audience publique du 30 septembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'Union indienne ne se borna pas à faciliter les attaques aux enclaves de la manière que j'ai relatée hier: elle *empêcha en outre le Portugal de se défendre*.

J'ai déjà eu l'occasion de rappeler une série de mesures par lesquelles les autorités indiennes entravèrent progressivement nos communications avec les enclaves.

Peu avant les attaques, ces autorités allèrent encore plus loin et *coupèrent complètement ces communications*, comme nous l'avons rapporté au paragraphe 277 de la réplique.

L'isolement de Dadrá et de Nagar-Aveli, tel qu'il avait été préparé depuis plusieurs mois, fut alors un fait accompli.

En d'autres termes, la violation de notre droit d'accès aux enclaves fut consommée d'une manière absolue. La menace que faisaient ressortir les attitudes antérieures de l'État voisin fut exécutée.

Dadrá et Nagar-Aveli, progressivement isolés pendant un long temps, coupés de tout contact avec le reste du territoire national, abandonnés à eux-mêmes, se trouvèrent ainsi placés à bonne portée des envahisseurs pour lesquels ils devinrent, sans grande difficulté, une proie.

Il faut remarquer que le Gouvernement indien n'attaque pas — ni ne pourrait le faire — les faits concrets énoncés au paragraphe 277 de la réplique, prouvant l'interruption des communications avant les attaques.

Le Gouvernement indien se borne à nier cette interruption et à affirmer qu'elle existait si peu que le 21 juillet 1954 encore le gouverneur de Damão s'est rendu aux enclaves.

Cette manière de présenter les choses n'est pas exacte. La position exacte est celle définie par le Gouvernement portugais dans ses écritures. Les attaques furent précédées de la rupture des communications. Cette rupture fut totale à une exception près: celle relative au passage du gouverneur de Damão. Les autorités indiennes l'avaient empêché de sortir de Damão le 20 en soulevant une difficulté, mais il en triompha et elles le laissèrent passer le 21, car il eût été particulièrement difficile, une fois celle-ci résolue, d'en prétexter une autre.

A cet égard, je désire encore faire deux observations.

La première est que le Gouvernement de l'Inde admet dans sa duplique que la difficulté élevée contre le passage du gouverneur de Damão consista à exiger de lui deux visas séparés. Il abandonne ainsi la version officielle précédente que nous avons critiquée dans notre réplique.

La seconde observation, c'est que l'exigence de deux visas séparés, bien qu'appliquée à d'autres fonctionnaires, ne l'avait jamais été au gouverneur. Il est donc inexact de prétendre que celui-ci connaissait cette exigence comme étant une formalité à lui applicable: et ceci ne résulte pas davantage de l'annexe indienne F n° 96, que la Partie adverse cite là hors de propos, comme la simple lecture de celle-ci le révèle.

Mais, je le répète: exception faite du gouverneur de Damão dont le passage s'explique par la raison exposée, personne ne passa en transit entre Damão et les enclaves pendant les jours qui précédèrent l'attaque de Dadrá.

C'est ainsi que, le 20 juillet, la voiture de passagers qui assurait le service régulier Damão-Silvassa, arrivée auprès de Dadrá, fut obligée de revenir à Damão. (En ce qui concerne les autres véhicules, ceux-ci avaient déjà cessé de passer depuis le 13 juin.)

Le 21 juillet, le gouverneur de Goa annonçait à notre ministre de l'Outre-mer l'interruption des communications. Le même jour le gouverneur de Damão constatait que l'entrée et la sortie de Damão étaient interdites à toutes les personnes et à tous les véhicules.

Ces témoignages explicites et catégoriques contenus dans les annexes nos 165 à 168 de la réplique, sont *antérieurs* à l'attaque de Dadrá, et ne peuvent donc être considérés comme influencés par les événements qui s'y déroulèrent par la suite.

D'ailleurs l'impossibilité pratique du passage d'éléments armés — troupe et police — et d'armes entre Damão et les enclaves datait de plus longtemps.

Grâce aux empêchements qu'elle mit à ce transit, l'Union indienne chercha, et réussit pleinement, à éviter qu'au moment des attaques, les enclaves disposassent des conditions nécessaires à leur défense. Ceci avec l'objectif que, de son propre aveu, elle poursuivit, comme nous l'avons déjà affirmé et prouvé, d'entraver par tous les moyens la défense de nos territoires.

Par le jeu du refus des visas et par d'autres mesures auxquelles les autorités indiennes recouraient fréquemment, elles parvinrent vite à créer des difficultés particulières au transit de forces armées et d'armement entre Damão et les enclaves. C'est certainement à cette situation qu'entend se référer la note de presse du ministère des Affaires étrangères indien du 23 juillet 1954, où il fait remonter cet état de choses à octobre 1953 (mémoire, annexe n° 44).

En février 1954, nous fûmes informés par une note dudit ministère adressée à notre légation (mémoire, annexe n° 45) de l'interdiction expresse du transit d'éléments armés, d'armes et de munitions entre nos territoires de l'Hindoustan.

Il est sans intérêt de savoir si l'on doit ou non comprendre que cette interdiction — je le répète: de février 1954 — était applicable au cas particulier de Dadrá et de Nagar-Aveli, car le transit d'éléments armés, d'armes et de munitions entre Damão et les enclaves était, dans le domaine des faits, déjà pratiquement interdit à cette date, ou le fut peu après.

Le Gouvernement de l'Inde lui-même reconnaît, au paragraphe 462 de la duplique, qu'au moins à partir d'avril 1954 ce transit ne s'effectua plus.

Après cette date, dit-il, nous ne demandâmes plus de licences visant ledit transit.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pourquoi les aurions-nous demandées après cette date puisque nous savions qu'elles seraient refusées comme elles l'étaient régulièrement?

Ou bien l'interdiction de février 1954 englobait les enclaves et il était inutile de demander le passage; ou bien elle ne les englobait pas, mais c'eût été en théorie, car l'interdiction de fait existait en réalité, grâce au refus systématique des licences — et l'inutilité n'aurait pas été moindre.

Le Gouvernement de l'Inde, à cet endroit de l'argumentation que je suis en train de critiquer, oublie ce qu'il avait écrit dans sa note du

3 mars 1955, citée en son temps (annexe n° 36 au mémoire). Il oublie qu'il a dit, en faisant justement allusion aux mois qui précéderent les événements de juillet-août 1954, que le Gouvernement portugais se rendit compte que le Gouvernement de l'Inde n'autoriserait pas le transit des renforts qu'il désirait envoyer dans les enclaves.

Le 17 juillet 1954, le consul général de l'Inde notifia au gouverneur de Goa une série d'importantes restrictions relatives au transit Damão-enclaves.

L'interdiction du transit d'éléments armés, d'armes, de munitions et d'équipements militaires y figure, pour confirmer et corroborer la situation existante.

Ce souci de rendre bien explicite cette interdiction — depuis déjà longtemps pratiquée en ce qui concernait les enclaves — juste quelques jours avant les attaques est particulièrement révélateur.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, parmi les moyens que les autorités indiennes employèrent pour fournir aux attaques les conditions du succès qui les couronna, il en figure un dont le but était par un côté d'aider les attaques et par l'autre de nous empêcher de nous en défendre.

Je fais allusion au fait, rapporté au paragraphe 278 de la réplique, de la concentration de forces le long de nos frontières et entre Damão et les enclaves.

Il faut remarquer, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que l'Union indienne, elle-même, reconnaît et avoue avoir placé des forces de police supplémentaires le long des frontières de Damão et des enclaves à l'époque qui précéda les attaques.

Nous en avons déjà relevé l'aveu dans la note de presse du Gouvernement de l'Inde du 22 juillet 1954 insérée à l'annexe n° 44 au mémoire.

Cette note essaie d'en donner une explication, mais ce n'est pas la bonne. D'après elle, l'occupation des frontières par la police supplémentaire aurait obéi à une idée défensive: à la préoccupation de sauvegarder la paix menacée par la présence de forces portugaises en territoire portugais.

Le gouverneur de Goa avait fait remarquer à l'époque, dans une information adressée à notre ministre de l'Outre-mer, que l'explication ne tenait pas une seconde. Comment les contingents extrêmement réduits qui se trouvaient dans nos territoires minuscules et dispersés de l'Hindoustan (Dadrá et Nagar-Aveli sans un seul soldat, précisait le gouverneur), comment ces contingents auraient-ils pu représenter même un embryon de menace pour la toute-puissante Union indienne? L'explication était tellement invraisemblable que le Gouvernement de l'Inde l'a abandonnée.

Il l'a abandonnée et il prétend maintenant que l'installation de sa police sur les frontières s'explique par l'intensification de la contrebande. Telle est la version qui figure dans les écritures. Cette version est elle-même inacceptable, puisqu'il n'existe aucun élément de preuve de cette soi-disant intensification.

Le fait même de leurs fluctuations dénonce l'inexactitude de ces explications successives.

Nous avons, d'autre part, des témoignages convaincants qu'à la veille de l'attaque de Dadrá, des forces de combat appréciables se trouvaient postées entre Damão et les enclaves.

Par exemple, le 20 juillet 1954, le commissariat de police de Goa prévenait que de nouveaux contingents, 700 hommes au total (certains

munis de mitrailleuses) et plusieurs jeeps étaient arrivés à Vapi et Bilad, près de nos territoires du district de Damão.

Le jour suivant, le gouverneur de Goa, dans un télégramme adressé à notre ministre de l'Outre-mer, communiquait que les forces stationnées entre Damão et Nagar-Aveli se composaient d'approximativement 1.200 hommes avec du matériel de combat et que ces forces se préparaient à empêcher l'envoi de secours aux enclaves dans le cas où celles-ci seraient attaquées.

Dans un nouveau télégramme de la même date au ministre de l'Outre-mer le gouverneur de Goa transmettait un message télégraphique du gouverneur de Damão, expédié après son voyage aux enclaves, où celui-ci, en décrivant la situation comme calme dans les enclaves et comme très tendue dans les territoires indiens voisins, disait que Dadrá était pratiquement assiégé par les forces indiennes.

Dans un télégramme du même jour encore, le gouverneur de Damão annonçait que les forces indiennes creusaient des tranchées le long des frontières du district de Damão.

Tout ceci ressort des annexes nos 165 à 167 et 171 à la réplique.

Le Gouvernement de l'Inde cherche à réduire la valeur des affirmations contenues dans ces documents en disant qu'elles ont été faites à l'époque des attaques contre Dadrá et Nagar-Aveli, et qu'elles font partie d'une campagne contre l'Union indienne.

Mais cette argumentation est inacceptable. Ces affirmations, en effet, n'ont pas été produites au moment des attaques, mais avant celles-ci; et elles ne faisaient pas partie d'une campagne contre l'Union indienne (le Gouvernement portugais d'ailleurs n'en entama jamais aucune): il s'agissait de renseignements intérieurs de caractère confidentiel.

Le document que la Partie adverse présente sur la question est complètement dépourvu de valeur, puisqu'il est postérieur, lui, au dépôt de notre requête et, même, de notre réplique, et que, d'autre part, il a pu arriver que certains mouvements de forces, tels que ceux signalés dans les renseignements des autorités portugaises, aient échappé à l'enregistrement officiel.

Observons enfin que le Gouvernement portugais n'accepte pas le reste de ce que le Gouvernement indien déclare à ce sujet dans les paragraphes 464 à 468 de la duplique, comme cela ressort déjà des écritures; que le télégramme secret du Gouvernement de Bombay, référé dans l'annexe indienne F n° 101, montre bien l'intérêt que ce Gouvernement accordait, deux mois avant les attaques, à la police de la région comprise entre Damão et les enclaves, en créant un poste de police à Vapi; et que le fait que ce poste contenait un certain nombre d'agents, à la date de sa création, ne signifie pas que ce nombre n'ait pas été supérieur au moment des attaques.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une fois préparées les conditions nécessaires au succès des invasions, celles-ci eurent lieu. Les attaques qui firent tomber successivement Dadrá et Nagar-Aveli furent déclenchées.

Ces attaques se déroulèrent de la façon dont on l'a relaté aux paragraphes 280 à 285 de la réplique.

Je ne vais pas reproduire ici cet exposé, j'attire respectueusement sur lui l'attention de la Cour.

Je me bornerai à rappeler seulement quelques-uns des traits les plus caractéristiques qui ont marqué ces événements. Par exemple: l'enclave

la plus réduite — Dadrá — fut envahie et occupée (après lutte et effusion de sang) dans la nuit du 21 au 22 juillet 1954. L'invasion de l'autre — Nagar-Aveli — commença le 29 du même mois: cette enclave put offrir une résistance plus prolongée, avec des fluctuations, des succès et des échecs: elle dura jusqu'aux premiers jours d'août, mais ce territoire finit, lui aussi, par être totalement occupé.

Ces attaques furent conduites par des bandes armées venues de l'Union indienne dont ne faisait partie qu'un groupe restreint de Goanais émigrés. Parmi les envahisseurs figuraient, en effet, des membres des groupes anti-portugais dont le siège est situé à Bombay et qui exercent de là leur activité sous la protection des autorités de cet État.

Les invasions furent violentes. Il y eut des victimes de part et d'autre. Parmi celles-ci on compte des Portugais originaires des territoires hindoustaniques. Comme le remarque le communiqué de presse reproduit à l'annexe n° 191 de la réplique, les premières victimes à tomber furent « non des Portugais d'Europe en mission de souveraineté, mais des Portugais de l'Inde, originaires de ces terres indiennes, luttant et donnant leur vie en les défendant ».

Les moyens de défense dont nous disposions, tant à Dadrá qu'à Nagar-Aveli, étaient infimes. Nous n'avions que des forces de police extrêmement réduites et un matériel insignifiant.

Les officiers et le personnel restant, de Dadrá et de Nagar-Aveli, finirent par être capturés par les autorités indiennes qui les obligèrent à se rendre à Bombay et opposèrent ensuite les plus grandes difficultés à leur repatriement malgré nos protestations fermes et réitérées.

En ce qui concerne la manière dont les attaques se déroulèrent, le Gouvernement de l'Inde critique les preuves que nous avançons; mais sa critique est à rejeter. Il sera suffisant de mettre l'accent sur certains points pour reconnaître le bien-fondé de cette assertion.

La Partie adverse affirme, par exemple, que certaines coupures de la presse indienne annexées aux observations sur les exceptions préliminaires ne cadrent pas parfaitement avec notre version des faits.

Nous ne le nions pas. Mais par ces coupures nous n'avons jamais prétendu documenter notre version dans son ensemble. Ce que nous avons voulu, c'est faire ressortir — d'après le propre témoignage d'une presse hostile au Portugal — que l'occupation de Dadrá et de Nagar-Aveli avait été violente. La Partie adverse, dans les exceptions préliminaires, avait allégué le caractère pacifique de cette occupation; nous avons contesté cette allégation dans nos observations, et nous avons apporté ces coupures de presse (appendice à l'annexe n° 1) comme preuves à l'appui de notre contestation.

Sous cet aspect, en effet, ces coupures éclaircissent bien les choses. Au sujet de Nagar-Aveli, par exemple, les titres des articles relatant la lutte qui se poursuivait là, parlent d'eux-mêmes: *Fighting raging in heart of town*; *Fighting in progress at Selvassa*.

La phrase suivante du *Goa Liberation Council* n'est pas moins significative:

« Il est évident que les Goanais qui conduisirent l'attaque ne croyaient pas à la non-violence, et que les volontaires qui y prirent part n'étaient, dans aucune acception du mot, des satyagrahis. D'ailleurs, ils ne prétendirent jamais à ce titre. »

La critique des autres preuves avancées par nous n'est pas plus heureuse. C'est le cas du télégramme du gouverneur de Goa à notre ministre de l'Outre-mer contenu à l'annexe n° 173 à la réplique.

Il est évident que ce témoignage, qui est un renseignement intérieur de service, ne perd pas sa valeur du seul fait qu'il contient tel ou tel détail, présenté en termes dubitatifs, qui n'ait pas été entièrement confirmé par la suite.

Le récit qui y est fait de l'affaire de Dadrá, dans ses grandes lignes, n'a souffert aucun démenti. On y relate fidèlement l'attaque de cette enclave par des centaines d'envahisseurs (plus de 500), l'injonction de se rendre intimée à nos forces, la lutte qui s'engagea, la résistance que nous pûmes offrir, la mort des Portugais Rosario, sous-chef de la police, et Fernandes, agent de police, nos blessés et les pertes subies par l'ennemi, la capture de notre personnel et les manifestations de loyalisme et de confiance des populations locales envers leur patrie, le Portugal.

Les prétendues preuves sur lesquelles la Partie adverse s'appuie, elles, sont dénuées de toute valeur. Elles n'ont pour source que des rapports des envahisseurs eux-mêmes ou de la presse indienne, qui, comme on l'a fait remarquer, a pris vis-à-vis du Portugal une position nettement partielle et de franche hostilité.

Ces rapports, fort souvent contradictoires entre eux d'ailleurs, et qui ne disent pas toujours ce que le Gouvernement indien soutient, ne peuvent, du fait de leur origine, être considérés comme corroborant la version présentée par ce Gouvernement. Ils méritent crédit dans la proportion où ils confirment nos témoignages, car, dans ce cas, c'est que la vérité s'est imposée même à ceux qui avaient intérêt à accréditer une version différente; mais le même crédit ne peut leur être accordé quand ils appuient les points de vue indiens, car leur objectif est précisément de servir ces points de vue.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quant à la capture des officiers et du personnel de Dadrá et de Nagar-Aveli, il est nécessaire de faire quelques brefs commentaires rectificatifs à ce qu'on lit sur ce sujet dans la duplique.

Relativement à Dadrá, nous écrivions au paragraphe 282 de la réplique :

« Les fonctionnaires portugais qui se trouvaient à Dadrá au moment de l'attaque furent faits prisonniers et postérieurement emmenés à Pardi, dans l'Union indienne. Les autorités indiennes — sans doute avec l'intention de ne pas rendre plus patente leur coopération aux événements — les renvoyèrent à Dadrá. Là, ils furent remis en liberté à condition de vider les lieux dans l'heure suivante. C'est ce qu'ils firent en partant pour Nagar-Aveli. Mais les autorités indiennes les arrêtaient en route, cette fois-là sous prétexte qu'ils n'avaient pas le permis de transit. »

Cet exposé découle des annexes nos 175 et 176 à la réplique, la première contenant une note de la légation du Portugal à New-Delhi du 28 juillet 1954.

Le Gouvernement de l'Inde prétend, au paragraphe 475 de la duplique, que notre légation, dans sa note du 12 août 1954, a reconnu comme erroné le rapport fait dans la note précédente du 28 juillet.

Il n'en a pas été ainsi.

Si on lit la note du 12 août, additif à celle du 28 juillet, on constate facilement qu'il est absolument inexact qu'il y soit reconnu que ce

qu'on avait dit dans la note du 28 juillet ne correspondait pas à la réalité.

La note du 12 août, étant donné son caractère de simple additif, ne répète pas le contenu de la note précédente, et donc, et uniquement pour cette raison, ne relate pas l'incident de l'envoi des prisonniers à Pardi. Elle ne conteste nullement la vérité de ce fait. Elle se borne à relater les plus récents des événements précédents; c'est ainsi qu'elle mentionne que nos fonctionnaires, après avoir été pendant quelque temps emprisonnés à Vapi, en territoire indien, et qu'on eût été jusqu'à les soumettre à un jugement, n'avaient pas obtenu l'autorisation de se rendre à Damão comme ils le demandaient, mais avaient été obligés d'aller à Bombay, où ils s'étaient trouvés assujettis à une surveillance policière extrêmement serrée, à des pressions et à des coercitions de tous ordres. Faits contre lesquels la légation renouvelle ses plus formelles protestations.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, supposons, à titre purement hypothétique, que l'on doive donner non-confirmé le détail (sans importance particulière) de l'envoi des prisonniers à Pardi, dont le Gouvernement de l'Inde veut démontrer l'inexactitude par la note du 12 août. Les autres faits, expressément mentionnés dans cette note et dans celle du 28 juillet, en seraient-ils infirmés?

Comment peut-on comprendre que la duplique, à son paragraphe 477, tire de cette critique basée sur la note du 12 août la conclusion que l'allégation portugaise de l'emprisonnement des fonctionnaires de Dadrá par les autorités indiennes ne correspond pas à la réalité?

D'un autre côté, et en ce qui concerne le personnel de Nagar-Aveli, nous écrivions au paragraphe 283 de la réplique:

« ... les officiers portugais furent invités à aller parlementer à la frontière avec les autorités indiennes. Mais après la conférence, on ne leur donna pas la possibilité de retourner à leurs troupes. Celles-ci, laissées sans commandement, finirent par être également faites prisonnières par lesdites autorités. »

Le Gouvernement de l'Inde soutient que ce personnel pénétra en territoire indien parce que la population locale lui refusait des vivres et des boissons; et qu'il manifesta de l'allégresse en entrant sur ce territoire. A l'appui de ces deux affirmations, il cite les annexes F n° 115 et F n° 105.

La vérité, cependant, est qu'aucun de ces deux documents ne fournit de preuves justifiant ces allégations, qui restent absolument dénuées de base.

Dans la seconde annexe citée, constituée par des reportages de journaux indiens nettement tendancieux, nous trouvons bien une soi-disant explication de l'entrée du personnel de Nagar-Aveli en territoire indien. Mais cette prétendue explication (nous nous empressons de le préciser) est complètement différente de celle présentée par le Gouvernement de l'Inde, qui, une fois de plus, se met donc en contradiction avec les documents mêmes sur lesquels il s'appuie.

Suivant ces reportages, le personnel de Nagar-Aveli serait entré dans l'Inde en supposant que des négociations entre les deux Gouvernements avaient été entamées. C'est-à-dire, en bref, par *erreur*. Cette version, comme on le voit, diffère totalement de celle du Gouvernement de l'Inde qui attribue cette entrée à la faim et à la soif.

Nous écrivions encore au paragraphe 235 de la réplique :

« Les officiers et le reste du personnel de Dadrá et de Nagar-Aveli, emprisonnés par les autorités indiennes, furent emmenés à Bombay et là lesdites autorités mirent les plus grandes difficultés à leur départ, malgré nos protestations répétées et fermes (annexes n^{os} 177 à 181). »

Rien de ce que contiennent les écritures et les annexes indiennes ne contrarie ces affirmations. Il est hors de doute que le personnel fut emmené à Bombay malgré son désir de rentrer en territoire portugais ; les autorités indiennes ne le satisfirent qu'après avoir soulevé de grandes difficultés et ajourné sa réalisation ; il n'est pas moins certain que ces faits suscitérent de notre part des protestations insistantes.

Que nous ayons reconnu, dans une de ces protestations, que nos fonctionnaires étaient bien traités ne traduit que notre impartialité. Et que le Gouvernement portugais ait réglé les dépenses dont le paiement lui fut demandé n'est nullement en contradiction avec les événements relatés, d'autant moins qu'il n'aurait pas prolongé une discussion sur une affaire toute matérielle, au moment où restaient pendantes des questions d'intérêts spirituels et moraux, bien autrement graves.

Que le retour des citoyens portugais dans notre territoire ait été retardé, le Gouvernement de l'Inde lui-même le reconnaît, comme cela ressort du quatrième document contenu dans l'annexe indienne F n^o 110. Et la cause de ce retard incombe aux autorités indiennes et non à notre consulat : c'est ce qu'atteste la correspondance reproduite, d'ailleurs incomplètement, dans cette annexe.

Je pense, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'il n'est pas nécessaire de pousser plus loin l'analyse des attaques de Dadrá et de Nagar-Aveli et des circonstances qui les entourèrent.

Du reste, il y a dans les versions des deux Gouvernements un certain nombre d'aspects coïncidants qui suffit en lui-même à mettre en évidence la responsabilité de l'Union indienne.

Il sera suffisant de faire remarquer, pour l'instant, que l'on doit considérer comme acquis, puisque l'accord entre les deux Parties existe sur ce point, que les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli (dont le Gouvernement de l'Inde finit par reconnaître le caractère sanglant) ont eu pour origine une action extérieure de bandes qui pénétrèrent dans les enclaves, bandes dont faisaient partie des éléments de groupes anti-portugais vivant sur le territoire indien.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les communications avec les enclaves étant totalement coupées, et leur isolement complet réalisé, dans les jours qui précédèrent immédiatement l'attaque de Dadrá, nos autorités n'eurent jamais plus l'accès à celles-ci.

Nous présentâmes en vain, dès le 24 juillet, des protestations insistantes, énergiques, réitérées :

— qu'on laissât passer des autorités et des forces armées de Damão pour soutenir nos droits souverains : refusé.

— qu'on laissât passer un nombre resireint de délégués désarmés du gouverneur de Damão pour examiner sur place les événements : refusé.

— qu'on laissât passer des nationaux de tierces Puissances à désigner par le Portugal, avec la même fin d'examen de la situation : refusé.

Sur toute la ligne : refus.

Aucune de ces réclamations, formulées sans préjudice les unes des autres, aucune ne reçut satisfaction.

« Ces plaintes ont été vaines », a constaté la Cour, aux pages 148 et 149 de son arrêt du 26 novembre 1957 sur les exceptions préliminaires.

Nous ne pûmes en conséquence envoyer des secours aux enclaves, pour éviter la grave offense qu'on y commit à la souveraineté portugaise.

Nous ne pûmes même pas y rétablir l'ordre légal, à la suite des actes de violation perpétrés contre lui.

Nous ne pûmes même pas examiner ce qui s'était passé dans les enclaves.

Tout, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, tout nous fut refusé.

Nous essayâmes encore d'une observation impartiale, à faire réaliser par des observateurs de tierces Puissances, relativement à la violation des frontières. Mais cette initiative et ce désir furent eux aussi frustrés par l'attitude de l'Union indienne, comme il a été expliqué au paragraphe 287 de la réplique.

Le Gouvernement indien soutient dans sa duplique que ce fut par notre faute que les négociations entamées par nous pour réaliser une observation impartiale échouèrent.

Cette critique est absolument injustifiée. L'échec fut uniquement dû à l'Union indienne qui ne voulut pas en réalité que l'observation s'effectuât avec l'objet proposé par nous. Notre proposition ne parvint jamais à être acceptée en fait.

C'est ce qui ressort avec certitude de la documentation relative à l'affaire, documentation tout entière insérée aux annexes mentionnées au paragraphe en question de la réplique.

Comme je l'ai déjà souligné, l'initiative d'une observation impartiale vint du Gouvernement portugais. Il la fit proposer, pour la première fois, le 8 août 1954, par sa légation à New-Delhi, dans une note adressée au ministère des Affaires étrangères de l'Inde (annexe n° 5 aux observations sur les exceptions préliminaires).

Le Gouvernement portugais définissait dès ce moment-là, avec toute la précision possible, l'objet de cette observation à réaliser par des délégués de tierces Puissances. Cet objet consistait à examiner les violations des frontières qui séparaient les territoires des deux États.

Nos frontières avaient été déjà l'objet de violations répétées de la part de bandes ou de groupes venus du territoire indien. Certaines de ces violations se présentaient sous la forme ou sous le nom de *satyagraha*. Les autres revêtaient l'aspect qu'elles prirent à Dadrá et à Nagar-Aveli et qui conduisit à l'usurpation de fait, par la force, de territoires portugais. En outre, on annonçait pour le 15 août suivant, jour anniversaire de l'indépendance de l'Inde, un *satyagraha* de milliers d'Indiens dirigé contre nos différents territoires de l'Hindoustan.

La note portugaise abordait ces différents sujets en fonction desquels elle proposait une observation impartiale relative aux violations de frontières.

Le ministère des Affaires étrangères de l'Inde répondit par la note du 10 août qui se trouve à l'annexe n° 10 aux observations sur les exceptions préliminaires. Dans cette note il créait l'impression qu'il acceptait la proposition portugaise. Il déclarait même l'accepter. Mais cette acceptation était purement apparente et illusoire.

En réalité, il n'y avait aucune acceptation, car ce que le Gouvernement indien déclarait accepter n'était pas ce que notre Gouvernement propo-

sait, mais bien quelque chose de complètement différent, que nous n'avions jamais ni proposé ni suggéré.

Ce que nous, avec toute la netteté voulue, avons proposé dans notre note du 8 août était une observation sur les violations de frontières.

Ce que, dans sa réponse, le ministère des Affaires étrangères de l'Inde acceptait comme étant la proposition portugaise, ainsi qu'on le lit au paragraphe 7 de cette réponse, était très exactement une observation sur la situation dans les territoires portugais.

La différence est visible.

On attribuait à notre proposition un contenu qu'elle n'avait nullement possédé. Nous proposons qu'on examinât des incidents de frontière. L'Union indienne nous imputait à tort la proposition de soumettre à l'examen la vie ou la situation à l'intérieur de nos territoires. Et c'était cette proposition, jamais faite, qu'elle prétendait accepter.

Le Gouvernement portugais, dans les documents contenus dans l'annexe 10 aux observations et dans l'annexe n° 182 à la réplique, réagit promptement contre cette interprétation incorrecte de son point de vue et exposa au grand jour qu'il n'y avait pas en réalité d'acceptation de celui-ci. La proposition portugaise, contrairement à ce qu'on voulait faire croire, n'avait donc jamais été acceptée.

Le Gouvernement portugais ne pouvait, en aucune façon, souscrire à l'objectif que l'Union indienne désirait donner à l'observation impartiale, car il était inconciliable avec le respect de notre souveraineté.

Même après que le Gouvernement portugais eut signalé la défiguration de sa proposition, le Gouvernement indien maintint cette défiguration. C'est ainsi qu'au paragraphe 2 de la note du 14 août, reproduite à l'annexe n° 11 aux observations sur les exceptions préliminaires, il continue à faire état, inexactement, de la proposition portugaise « d'une observation et d'une relation impartiale de la situation dans les territoires portugais ». Il n'abandonna jamais cette position par la suite, mais revint toujours à sa prétendue acceptation dans les termes de ses notes précédentes.

Il est curieux de remarquer que dans les deux extraits des notes que le Gouvernement indien transcrit aux paragraphes 480 et 481 de la duplique, la référence à « l'observation sur la situation dans les territoires portugais » apparaît explicitement comme ayant été l'objet de notre proposition. D'où on déduit que ces extraits, loin d'être en faveur de la thèse indienne suivant laquelle l'échec des négociations nous serait imputable, prouvent que cet échec survint par la faute du Gouvernement de l'Inde.

Cette attitude du Gouvernement de l'Inde, son désir, maintenu tout au long des négociations, que des matières ressortissant à l'ordre interne de la souveraineté portugaise pussent constituer un objet d'examen et de discussion international, seule peut expliquer que ces négociations n'aient pas été couronnées de succès.

Tout le reste est secondaire.

Cependant, il faut remarquer encore que, l'Union indienne ayant suggéré la réalisation d'une conférence préparatoire à l'observation impartiale, le Gouvernement portugais, tout en faisant ressortir le caractère inutile et purement dilatoire de cette conférence, résolut malgré tout de l'accepter, pour prouver son esprit de conciliation. Il désigna des représentants et proposa le lieu et la date de la réunion.

Mais cette conférence même échoua, car l'Union indienne essaya de la détourner de son objectif, la préparation de l'observation, en proposant

qu'on pût y discuter de n'importe quelle affaire. Le paragraphe 7 de la note indienne, reproduit à l'annexe n° 12 aux observations, est à ce sujet bien élocutif. On y lit :

« La conférence envisagée des représentants des deux Gouvernements serait saisie ... de toutes propositions et réponses et serait en outre libre de considérer toutes propositions nouvelles que les Parties désireraient faire. »

Tout ce qui vient d'être exposé, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, permet de constater que le Gouvernement indien a obscurci le sens très clair des propositions portugaises et prolongé les négociations en les enveloppant d'un tissu sans fin de discussions, et en les détournant de leur objectif. Tout ceci a eu pour résultat de soustraire le fait : *violations de frontières* à l'observation impartiale de personnalités de tierces Puissances, observation que nous désirions et que donc nous avons proposée.

Il faut noter que celle-ci devait englober aussi les violations pratiquées antérieurement, particulièrement dans les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli. C'est ce qu'on voit aux annexes nos 7, 9 et 13 aux observations sur les exceptions préliminaires. D'où l'importance de cette matière dans l'action actuelle.

Nos propositions restèrent offertes, sans limitation de temps, à l'acceptation indienne, et elles furent réitérées dans le dernier document relatif à cette question : le communiqué portugais du 12 septembre 1954, transmis au Gouvernement de l'Inde (annexe n° 14 aux observations et annexe indienne C n° 85).

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, jamais le Gouvernement de l'Inde n'accepta ces propositions telles que nous les avons formulées.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il reste, en ce qui concerne les attaques des enclaves, un point qui mérite d'être mis en lumière et sur lequel, pour cette raison, je me permets d'attirer respectueusement et de façon particulière l'attention de la Cour.

C'est celui-ci :

Dadra fut conquise par la force dans la nuit du 21 au 22 juillet.

Le 26 suivant, le Gouvernement portugais — par la note reproduite à l'annexe n° 51 au mémoire — fit savoir au Gouvernement indien qu'il lui était parvenu des rumeurs relatives à l'agression de l'autre enclave, Nagar-Aveli ; et il réclama, en conséquence, le passage de délégués pour aller y observer la situation et prendre les mesures administratives requises par les circonstances.

Le Gouvernement indien répondit à cette réclamation comme à toutes les autres, ainsi que nous l'avons vu, par un refus formel.

Cette réponse est du 28 (annexe n° 52 au mémoire).

Le 29 l'invasion de Nagar-Aveli commença. La conquête se termina en août.

L'Union indienne a donc une responsabilité plus lourde encore, si c'est possible, dans les événements de Nagar-Aveli que dans les premiers.

Elle avait été avertie spécialement, par ce qui était déjà arrivé à Dadra, et par ce que nous-mêmes lui avions déjà communiqué.

Malgré cela, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, elle autorisa — en pleine connaissance de cause — que la violation de Nagar-Aveli, exécutée *en partant de son territoire*, fut perpétrée.

Elle ne fit pas le moindre geste, elle n'adopta pas les mesures les plus élémentaires, elle ne fit aucune démarche pour l'éviter. Au contraire, elle lui donna son appui. En particulier, elle entretint la rupture totale des communications entre Damão et Nagar-Aveli.

La responsabilité de l'Union indienne est tellement évidente qu'en douter un seul instant paraît impossible.

Autre aspect :

Le Gouvernement de l'Inde entend soutenir que les événements survenus à Dadrá et à Nagar-Aveli à la fin de juillet et au début d'août 1954 n'ont pas eu un caractère d'*invasion*, mais bien d'*insurrection*. Il se serait agi d'une « insurrection générale » de la population des enclaves.

Une telle thèse ne résiste pas à la critique.

Elle est nettement contredite par les faits déjà exposés et par les pièces du dossier. Ce que nous allons rappeler brièvement corrobore cette affirmation.

Il convient en premier lieu de mettre en relief cette circonstance très significative: la thèse de la soi-disant insurrection est apparue *pour la première fois* dans le cadre du présent procès, comme thèse — donc — construite pour la discussion judiciaire des questions soumises à la Cour par le Gouvernement portugais. Elle n'est jamais apparue au cours de la longue série de notes diplomatiques échangées entre le Gouvernement de New-Delhi et celui de Lisbonne.

Le Gouvernement de l'Inde cherche à baser cette thèse soit sur des déclarations des envahisseurs eux-mêmes et des groupements anti-portugais dont ils faisaient partie, soit sur la presse indienne.

Mais ces déclarations — outre qu'elles sont dénuées de valeur probatoire du fait de leur origine — ne contiennent même pas d'éléments permettant de qualifier les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli d'insurrection.

Les envahisseurs, suivant un procédé classique bien connu, sont présentés comme « les interprètes de la volonté populaire »; mais, même si c'eût été vrai, les événements en question ne pourraient pas davantage être qualifiés d'insurrectionnels. Le fait que les assaillants venus du territoire indien auraient été, *prétendument*, les interprètes de la volonté du peuple des enclaves, en y développant l'action qui eut pour résultat l'usurpation du pouvoir possédé par les autorités portugaises légitimes, ne transformerait pas cette action en une action du *peuple lui-même*, auquel d'ailleurs ces assaillants n'appartenaient pas. Il n'aurait donc pas transformé l'*invasion* en *insurrection*.

Le Gouvernement de l'Inde ne s'est nullement appuyé sur cette idée d'insurrection dans la première phase du procès. Au paragraphe 16 des exceptions préliminaires, par exemple, il écrivait ceci :

« Les libérateurs goanais de Dadrá et Nagar-Aveli instituèrent une administration indépendante... »

Cette affirmation que l'administration de fait instituée dans les enclaves le fut par ceux qu'on désigne improprement sous le vocable de « libérateurs goanais », c'est-à-dire par les assaillants ou envahisseurs, provenant du territoire indien, constitue la reconnaissance expresse qu'il n'y a eu aucune insurrection.

La thèse de l'insurrection n'est apparue que dans une phase postérieure du procès, ce qui retire tout crédit à cette construction artificielle édifiée en vue de la controverse judiciaire.

En réalité il n'y eut pas la moindre insurrection.

La Partie adverse, comme nous l'avons vu, ne peut démontrer sa thèse, soit parce que les éléments de preuve sur lesquels elle s'appuie ne sont pas dignes de foi, soit parce qu'ils ne possèdent pas la portée qu'elle leur prête. Ceci suffit pour que cette thèse soit rejetée.

Mais indépendamment de ceci, il existe au dossier, mettant en évidence le caractère d'invasion revêtu par les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli, suffisamment d'éléments sur lesquels les deux Parties sont d'accord.

Nous ne savons que trop, en effet, que ceux-ci sont imputables à des éléments venus du dehors.

Autre aspect encore :

Le Gouvernement de l'Inde, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, continue à mêler au débat des questions de nature politique.

Le Gouvernement portugais, dès le premier moment, a signalé que ces questions, par leur caractère, n'ont pas à être discutées dans le procès actuel, étant donné que son objet est purement juridique. Et il a manifesté son propos de ne pas laisser dévier la discussion vers d'autres sphères. Il est resté fidèle à ce propos, et il entend continuer.

A cet égard, et uniquement pour que son silence ne pût pas être pris pour un acquiescement ou pour une impossibilité de répondre, le Gouvernement portugais s'est borné — *tout à fait en marge du litige* — à formuler un certain nombre d'observations générales dans l'annexe n° 1 aux observations sur les exceptions préliminaires et dans les paragraphes 289 et 290 de la réplique, et à joindre à celle-ci un opuscule (annexe n° 195) contenant quelques témoignages de personnalités hautement qualifiées, pour qu'on puisse se faire une idée plus vraie de ce problème, mais sans oublier que c'est un problème étranger au débat actuel.

C'est toujours pour obéir à ce dessein que je m'abstiens de discuter les considérations et les accusations de caractère politique, complètement dénuées de fondement, qu'on retrouve dans la duplique — pure reproduction de celles déjà exposées tout au long du dossier.

Je m'abstiens notamment de discuter les critiques absolument gratuites opposées à certains actes de nos autorités. Il s'agit d'*actes ressortissant exclusivement à la juridiction interne portugaise*, accomplis avec modération, pour le maintien de l'ordre, par les autorités *portugaises*, en territoire *portugais*, conformément aux lois *portugaises*, s'appliquant à des sujets *portugais*.

Le jugement que le Gouvernement indien se permet de porter sur ces actes — qui n'ont en rien ni le caractère ni la portée qu'il leur prête — est bien significatif de l'ingérence, contraire au droit international, de ce Gouvernement dans nos affaires intérieures.

Rien ne serait plus facile que de détruire une à une ces considérations et ces accusations, ainsi que celles insérées dans un opuscule et une annexe, tendancieux et sans intérêt, que le Gouvernement indien a joints respectivement au contre-mémoire et à la duplique.

Notre fidélité à l'orientation établie et notre respect pour la Cour nous empêchent cependant de le faire.

Pour en terminer avec la période post-britannique ou de l'indépendance, qu'il me soit permis, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de résumer ici la signification des événements de Dadrá et de Nagar-Aveli en reprenant les termes de la synthèse qui en a été faite au paragraphe 288 de notre réplique :

a) Les événements survenus à Dadrá et à Nagar-Aveli, fin juillet et début août 1954, ont eu pour origine une action venue de l'extérieur. Des bandes armées sorties du territoire indien envahirent les enclaves et, par un acte de force, en prirent possession, les soustrayant ainsi à l'exercice légitime de notre souveraineté.

b) Les autorités portugaises ne purent résister efficacement aux envahisseurs qui, par une action rapide, menèrent à bonne fin leur plan. L'Union indienne avait, de longue main, progressivement entravé notre accès aux enclaves; et elle s'est opiniâtrément opposée à l'envoi de secours à leurs défenseurs ou au rétablissement *in continuo* de l'ordre légal violé.

c) Les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli obéissent à un programme plus vaste dont l'objectif final consiste à transférer à l'Union indienne, non seulement ces petites enclaves, mais encore tous nos territoires de l'Inde. Ce programme est celui de certains groupements politiques qui ont leur siège et qui exercent leur activité à l'intérieur de l'Union indienne; et ce programme est aussi celui de l'Union indienne. Cette coïncidence des aspirations pousse celle-ci à fournir la plus grande protection à ces groupements, qui ont pris ouvertement une part active à l'invasion de Dadrá et de Nagar-Aveli.

d) Une fois les enclaves soustraites à l'exercice effectif de notre souveraineté, et une fois les envahisseurs certains de l'impossibilité matérielle pour nous de rétablir cet exercice, du fait de l'attitude de l'Union indienne, les envahisseurs purent se livrer, en toute liberté, à l'administration *de facto* des enclaves.

e) La thèse indienne selon laquelle il y aurait eu à Dadrá et à Nagar-Aveli « une insurrection générale de la population » ne résiste pas à la critique. Elle ne se fonde que sur des éléments émanés des envahisseurs eux-mêmes ou de certains organes du mouvement politique qui les appuie. Ces éléments sont dépourvus de valeur et trouvent un clair démenti dans l'ensemble des faits qui ont été exposés.

f) L'attitude de l'Union indienne et les graves événements survenus à Dadrá et à Nagar-Aveli sont d'autant moins compréhensibles qu'il est patent que le Portugal a toujours manifesté son sincère désir et son intention de négocier relativement aux problèmes découlant du voisinage des territoires. »

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la charge m'est échue, dans le plan des plaidoiries du Gouvernement portugais, de présenter, entre autres, les exposés relatifs à la période britannique, à la coutume locale et à la période post-britannique. Ces matières, qui s'étendent sur une durée d'à peu près un siècle et demi, ont été, par leur nature, l'objet d'un examen prolongé.

J'ai toujours été guidé par la préoccupation de m'en tenir dans la mesure du possible aux lignes générales, aux aspects principaux et aux questions fondamentales.

Toutefois, le nombre, l'étendue et la complexité des matières que je devais traiter ne m'ont pas permis d'être aussi bref que je l'aurais souhaité.

Il ne me reste plus, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'à vous exprimer toute ma gratitude pour la bienveillante attention avec laquelle vous avez daigné écouter ce plaidoyer.

D'après le plan établi, ce sera M. le professeur Maurice Bourquin qui prendra la parole après moi.

6. PLAIDOIRIE DE M. M. BOURQUIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 30 SEPTEMBRE ET 1^{ER} OCTOBRE 1959

[Audience publique du 30 septembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Le Gouvernement portugais invoque, à l'appui de sa demande, des titres généraux et des titres particuliers.

Mes collègues de Lisbonne et de Coimbra vous ont parlé de ces derniers, qui sont intimement mêlés aux faits historiques. Je vais avoir l'honneur, pour ma part, de définir et de justifier, je l'espère, les titres généraux dont nous faisons état — tout en laissant d'ailleurs au professeur Lalive le soin de traiter un aspect de la question: celui qui se rapporte aux principes généraux résultant de la confrontation des droits internes. Personnellement, je m'attacherai donc aux autres principes généraux et à la coutume internationale.

Me sera-t-il permis de commencer cet exposé en rappelant à la Cour l'importance que le droit international général revêt dans notre argumentation?

Il en constitue la base essentielle.

Comme M. le doyen Telles l'a dit avec raison, les titres particuliers que nous faisons valoir reposent, en dernière analyse, sur des règles générales. Ils n'en sont qu'une application, qu'une manifestation concrète. Et j'ajoute que, même s'ils n'existaient pas, le droit de passage du Portugal n'en serait pas moins incontestable.

Supposons un instant que ce droit ne soit pas consacré par les accords qui ont été conclus jadis avec les Mahrattes. Supposons qu'il ne soit pas consacré davantage par une coutume locale, se dégageant d'une expérience de plus d'un siècle et demi.

Le contraire a été démontré à la barre. Mais, pour les besoins du raisonnement, faisons abstraction de cette démonstration. Écartons tous les titres particuliers pour ne considérer que les titres généraux, que les règles du droit international commun.

Il ne nous sera pas difficile, je pense, d'établir que ces règles suffisent amplement pour justifier le droit que nous demandons à la Cour de nous reconnaître.

L'attitude du Gouvernement de l'Inde à l'égard des titres invoqués par le Portugal se caractérise essentiellement par une distinction tranchée entre les titres particuliers et les titres généraux.

Pour ce qui est des titres particuliers, le Gouvernement de l'Inde ne les écarte pas *a priori*. Il se contente d'affirmer que le Portugal n'apporte pas la preuve de leur existence.

Tout État, dit-il, peut certainement accorder un droit de passage sur son territoire. Et lorsqu'il le fait, sa compétence territoriale n'est plus discrétionnaire. Elle est soumise à l'obligation de respecter le droit auquel il a consenti. Seulement il faut pour cela qu'il ait consenti explicitement à la création de ce droit.

Quand nous avons eu l'honneur de plaider devant la Cour au sujet des exceptions préliminaires soulevées par l'Inde, M. l'*Attorney General* Setalvad a déclaré que le « *consentement exprès* » de l'État territorial était nécessaire pour produire cet effet. (Audience du 7 octobre 1957, après-midi, procédure orale, p. 219.)

Et dans le contre-mémoire, voici ce que nous lisons, au paragraphe 281 :

« En conséquence, le Gouvernement de l'Inde soutient que le lourd fardeau incombe au Portugal d'apporter la preuve claire et sans ambiguïté du consentement explicite du souverain du territoire compris entre Damão et les enclaves aux droits de transit revendiqués en l'espèce par le Portugal. »

L'Inde admet donc la possibilité de titres particuliers fondés sur un consentement explicite. Mais sa position, en ce qui concerne les titres généraux, est toute différente.

Ici, il ne s'agit plus de se montrer exigeant quant au fardeau de la preuve. Il s'agit d'un ostracisme complet. La thèse est que le droit de passage ne peut pas résulter du droit international général ; que ni la coutume générale ni les principes généraux de droit ne peuvent servir de base à un tel droit, faute d'un consentement explicite.

Au cours de la procédure sur les exceptions préliminaires, le Gouvernement indien s'est particulièrement efforcé de faire admettre cette opinion. Il aurait voulu faire écarter *a priori* tous les titres généraux invoqués par le Portugal, sans même examiner et discuter les arguments présentés à leur appui.

Nous avons exposé combien cette attitude nous paraissait inadmissible. Écarter *a priori* les titres généraux, les écarter avant tout examen positif de leur valeur, constituerait simplement une pétition de principe et un procédé inadmissible devant une Cour de Justice.

Pour répondre sur ce point à la Partie adverse, la meilleure méthode est évidemment d'établir qu'il existe effectivement une coutume générale, et qu'il existe effectivement des principes généraux de droit qui justifient pleinement la demande du Portugal.

Si cette démonstration est faite, toutes les objections préliminaires que l'Inde avait cru pouvoir nous opposer seront, du même coup, réfutées.

Dans la phase précédente de la procédure, nous ne pouvions pas nous livrer à cette démonstration parce qu'elle aurait inévitablement conduit à débattre le fond du litige et que nous étions encore dans le cadre des exceptions préliminaires. Mais l'obstacle n'existe plus maintenant. Nous avons, par conséquent, les coudées franches.

Avec la permission de la Cour, je commencerai par les principes généraux.

Sur la portée de ce terme, nos estimés contradicteurs ont déclaré ne pas être d'accord avec nous.

Plus exactement, ils ont soutenu que l'expression, telle qu'elle figure à l'article 38 c) du Statut de la Cour, aurait un sens plus étroit que celui que nous lui donnons.

D'après eux, les principes généraux auxquels cette disposition de l'article 38 c) se réfère seraient uniquement les principes qui se dégagent de la similitude des droits internes, tandis que, quand nous parlons de « principes généraux », nous donnons à ce mot un sens plus large. Nous y comprenons certainement les principes qui sont consacrés *in foro domestico*. Toute la consultation du professeur Rheinstein, que nous avons reproduite

à l'annexe 20 de nos observations sur les exceptions préliminaires, est précisément consacrée à des principes de ce genre. Mais nous y comprenons aussi certains principes fondamentaux qui sont inhérents à la structure du droit international.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette question a été suffisamment débattue, me semble-t-il, dans les écritures et dans nos plaidoiries sur les exceptions préliminaires, pour qu'il soit superflu de la reprendre ici.

Je prie respectueusement la Cour de bien vouloir se reporter notamment aux paragraphes 123 à 139 de nos observations sur les exceptions préliminaires, ainsi qu'aux paragraphes 335 à 348 de notre réplique.

Qu'il me soit permis de résumer en quelques mots notre réponse à l'objection de la Partie adverse.

Nous croyons d'abord que son interprétation de l'article 38 c) du Statut est trop étroite, et nous appuyons cette opinion sur une abondante doctrine, ainsi d'ailleurs que sur la jurisprudence de la Cour, qui a toujours évité de définir strictement la notion dont il s'agit.

Nous ajoutons à cette première observation que, même s'il fallait admettre l'interprétation étroite donnée par le Gouvernement de l'Inde à la formule de l'article 38 c), cela n'aurait aucune importance pratique dans le présent litige.

La seule question qui importe est, en effet, de savoir si les principes que nous avançons existent; s'ils font partie du droit international que la Cour a pour mission d'appliquer. Or, sur ce point, aucun doute n'est possible, et j'ajoute qu'aucun désaccord n'existe entre les Parties.

Comme nous l'avons précisé au paragraphe 336 de notre contre-mémoire, le Gouvernement de l'Inde reconnaît qu'il s'agit de principes juridiques, de principes faisant partie du droit positif.

Dès lors, la discussion ne porte que sur l'étiquette sous laquelle il convient de les ranger.

S'agit-il de normes faisant partie des « principes généraux » mentionnés à l'article 38 c) ? Ou s'agit-il de principes qui relèvent plutôt du droit coutumier, mentionné sous la lettre b) du même article 38 ? C'est là une question qui pourrait peut-être présenter un intérêt théorique — et, encore, je ne suis pas très sûr que cet intérêt soit important.

Mais une chose est certaine: c'est que, pour la solution du différend dont la Cour est saisie, cette question est dépourvue de toute pertinence, étant donné que l'Inde ne conteste pas, je le répète, le caractère juridique des principes que nous invoquons.

Que ces principes doivent être rangés sous la lettre c) ou sous la lettre b) de l'énumération du Statut, la chose est évidemment sans importance. Inutile, par conséquent, de rouvrir le débat sur ce point.

Parmi les principes généraux que nous invoquons, il en est — je le rappelais il y a un instant — qui répondent à la définition étroite de nos estimés contradicteurs. C'est le professeur Lalive qui les exposera.

Pour ma part, je m'occuperai des autres.

Les autres, ce sont des principes qui sont propres à l'ordre juridique international et dont le caractère fondamental résulte de ce qu'ils sont intimement liés à la structure de ce droit.

Comme le dit très justement Sørensen, dans son étude sur les « Sources du droit international » (p. 117), ce sont des principes « inhérents au système juridique international tel que nous le connaissons à l'époque contemporaine ».

« Sans eux — ajoute l'auteur — la structure de la communauté internationale serait radicalement changée. »

Que la notion de la souveraineté de l'État, avec tout ce qu'elle implique, occupe une place essentielle dans cette structure, personne ne le contestera.

La communauté internationale apparaît juridiquement comme une communauté d'États souverains. Cela signifie notamment que chacun de ces États se voit attribuer un certain territoire, une certaine portion de l'espace à l'intérieur de laquelle il est seul compétent, en principe, pour remplir les fonctions étatiques.

De là résultent pour lui des droits, mais aussi des devoirs. La souveraineté étatique ne se caractérise pas seulement par son aspect négatif. Elle a aussi un aspect positif.

Dans l'*Affaire de l'Île de Palma*, l'arbitre, qui était M. Max Huber, a particulièrement mis en relief cette vérité.

Le droit exclusif du souverain territorial, a-t-il dit,

« a pour corollaire un devoir: l'obligation de protéger, à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger ».

« La souveraineté territoriale — a-t-il conclu — ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire, au fait d'exclure les activités des autres États; car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin d'assurer en tous lieux le maximum de protection que le droit international doit leur garantir. » (*Recueil des sentences arbitrales*, publié par les Nations Unies, vol. II, p. 839.)

Personne n'a jamais mis en doute l'exactitude de ces observations. Elles éclairent la véritable portée du principe fondamental qui règle la répartition des compétences dans la communauté internationale.

A la lumière de ce principe, que voyons-nous dans l'espèce actuelle? Nous voyons deux États dont la souveraineté territoriale est indiscutablement établie.

L'Inde est assurément souveraine de l'espace qui sépare les enclaves de Damão.

Et il est tout aussi certain que, sur les enclaves elles-mêmes comme sur le territoire côtier de Damão, la souveraineté appartient au Portugal.

La Partie adverse prétend que les droits attribués au Portugal sur les enclaves par les Mahrattes n'auraient pas été des droits de souveraineté. Nous avons répondu à son argumentation sur ce point.

Mais, si nous sommes en désaccord sur les origines de la souveraineté portugaise dans les territoires litigieux, il n'est pas douteux que cette souveraineté existe depuis très longtemps et qu'elle a été reconnue de la façon la plus certaine tout au long de la période britannique et, depuis 1947, par l'Inde indépendante.

Je suis convaincu que nos estimés contradicteurs ne contestent pas qu'il en soit ainsi.

S'ils ne partageaient pas entièrement notre façon de voir sur ce point, j'espère qu'ils voudront bien nous le dire et nous en indiquer les raisons dans leurs plaidoiries, afin que nous puissions leur répondre au moment de la réplique orale — qui sera pour nous la dernière occasion d'intervenir

dans le débat. Car la question est importante. Elle est même capitale. Et nous ne voudrions pas que le moindre flottement subsistât en pareille matière.

La démonstration de la reconnaissance de la souveraineté portugaise sur les enclaves est extrêmement facile à administrer. Les preuves en abondent dans le dossier.

Si je m'abstiens de les présenter en ce moment, c'est uniquement parce que je crois inutile de le faire et que je ne voudrais pas abuser des instants de la Cour en me livrant à une démonstration superflue.

Mais — je le répète — si l'on avait une opinion différente de l'autre côté de la barre, nous désirons essentiellement en être informés, pour pouvoir justifier notre point de vue au cours de notre réplique orale.

Le Portugal, étant souverain des enclaves, est seul légalement qualifié pour y prendre les mesures législatives, administratives, judiciaires et autres qui lui paraissent nécessaires ou utiles. Il en a le droit, il en a même le devoir, puisque le droit international lui impose la charge d'assurer sur son territoire le maintien de l'ordre et d'y protéger les droits des autres États.

Or, l'exercice de cette souveraineté est manifestement impossible sans la présence sur place des autorités et des agents qui doivent y assurer l'exécution des lois, des décisions administratives et judiciaires.

Pour que l'ordre juridique portugais régitte les enclaves, il ne suffit pas qu'il y soit applicable; il faut qu'il y soit effectivement appliqué. Comme le dit très justement le professeur Guggenheim dans son *Traité de droit international public*,

« ... le territoire étatique doit être dominé [c'est l'expression dont il se sert] par les organes de l'État de telle sorte qu'ils puissent y exécuter constamment les normes juridiques qu'ils ont promulguées ». (Tome I, p. 379.)

Comment le Portugal pourrait-il « dominer » les territoires enclavés s'il n'était pas en liaison constante avec eux? Les fonctionnaires et les agents qui le représentent sur place ne forment pas une administration indépendante, isolée de l'ensemble de l'administration portugaise. Ils ne sont qu'un petit rouage de cet ensemble.

Administrativement, les enclaves font partie du district de Damão. C'est la ville de Damão qui en est le chef-lieu. C'est là que se trouvent le gouverneur et son administration. Les fonctionnaires qui exercent leur activité à Dadrá et à Nagar-Aveli sont uniquement des agents d'exécution, qui dépendent du gouverneur de Damão; qui reçoivent de lui leurs instructions; qui sont envoyés et rappelés par lui.

Couper leurs communications avec Damão, c'est donc rendre impossible l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves. C'est ruiner cette souveraineté aussi complètement et aussi sûrement que si l'on s'emparait du territoire lui-même.

Comme nous en avons fait la remarque au paragraphe 54 de notre mémoire, personne ne met en doute aujourd'hui que le droit international interdise de porter atteinte à l'intégrité territoriale de l'État. Serait-il concevable que ce même droit international permit de détruire la souveraineté en la privant des moyens indispensables à son exercice, c'est-à-dire en l'étouffant, en l'asphyxiant?

C'est bien à cela que conduirait la thèse soutenue par le Gouvernement indien, et qu'il demande à la Cour de consacrer, puisqu'il prétend

qu'aucune obligation quelconque ne limite l'usage qu'il peut faire de sa compétence territoriale; puisque, à l'entendre, il disposerait d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de supprimer à son gré toute communication entre les enclaves et le reste du territoire portugais.

En soutenant cette thèse, le Gouvernement de l'Inde perd de vue un principe général qui a été maintes fois consacré par la jurisprudence et qui n'est d'ailleurs contesté par aucun juriste: c'est que tout État a l'obligation de respecter les droits des autres États.

Le Gouvernement de l'Inde reconnaît l'existence de cette norme. « C'est une règle incontestée du droit international positif », déclare-t-il au paragraphe 194 de ses exceptions préliminaires. Mais cette règle ne lui paraît pas incompatible avec la prétention qu'il émet de disposer d'un pouvoir absolu en ce qui concerne les communications litigieuses.

L'incompatibilité est pourtant manifeste. Comment la souveraineté du Portugal à Dadrá et à Nagar-Aveli serait-elle respectée si l'Inde coupait toutes les communications du souverain légal et l'empêchait ainsi d'exercer cette souveraineté?

C'est précisément ce que l'Inde fait depuis cinq ans. Et le résultat est là sous nos yeux. Le résultat, c'est que l'exercice de la souveraineté portugaise est rendu totalement impossible à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Est-ce là respecter la souveraineté du Portugal? Assurément non. C'est lui porter, au contraire, un coup extrêmement grave; une atteinte peut-être moins violente dans les apparences extérieures que ne le serait une agression directe; mais une atteinte qui pourrait devenir mortelle si elle se prolongeait.

Faire mourir un homme d'inanition, ce n'est pas la même chose que le tuer d'un coup de fusil ou d'un coup de poignard. Mais avec un peu de patience, on obtient exactement le même résultat.

Quand un État tient en mains les seuls moyens dont un autre État dispose pour exercer sa souveraineté sur un territoire enclavé, ce n'est pas respecter sa souveraineté que de l'empêcher d'utiliser ces moyens, c'est étouffer cette souveraineté.

Je parle, bien entendu, de l'hypothèse (qui est la nôtre) où l'État détient les seuls moyens d'accès au territoire étranger. Car, encore une fois, il ne faut pas confondre cette hypothèse avec d'autres, où le transit est utile sans être nécessaire; où le refus de passage entraîne pour l'État étranger des inconvénients peut-être très sérieux, mais sans constituer pour lui une véritable interdiction d'accès à son domaine.

Le seul cas qui nous intéresse, le seul cas dont nous ayons à nous occuper, c'est celui où le transit est indispensable; où il est la condition *sine qua non* de l'exercice de la souveraineté. C'est le cas devant lequel nous nous trouvons.

La thèse du pouvoir discrétionnaire — qui est la thèse du Gouvernement indien — paraît absolument incompatible avec le principe du respect réciproque des souverainetés.

Pour assurer ce respect, il n'y a pas d'autre moyen que de soumettre la compétence territoriale du pays de transit à certaines obligations; autrement dit, il n'y a pas d'autre moyen que d'enlever à cette compétence son caractère discrétionnaire pour en faire une compétence liée. C'est le procédé usuel de l'ordre juridique international. La coexistence pacifique et le respect mutuel des souverainetés n'est possible qu'à cette condition-là.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si la thèse soutenue par la Partie adverse était exacte, il faudrait supposer que le souverain du territoire indien, tout en reconnaissant l'existence des enclaves portugaises à l'intérieur de ce territoire, tout en reconnaissant la validité juridique de cette situation, se serait réservé tacitement le droit de la détruire.

Il faudrait lui prêter le raisonnement que voici :

« J'admets l'existence des deux enclaves portugaises. Mais le jour où il me conviendra d'en priver le Portugal, je me réserve le droit de le faire. J'en aurai les moyens matériels puisque le Portugal ne peut pas administrer ses enclaves sans passer par mon territoire. Il suffirait donc que je m'oppose à ce passage pour paralyser et détruire cette souveraineté. Eh bien ! je me réserve la faculté de le faire. Je me réserve cette faculté tacitement, mentalement, au moment même où je reconnais son droit de souveraineté. »

Voilà où conduit la thèse de la Partie adverse.

Je crois pouvoir dire que personne n'admettra cette façon de voir, parce que ce serait fait injure au souverain du territoire indien que de lui prêter de telles intentions.

Il n'est même pas nécessaire de rappeler la règle si souvent proclamée par la jurisprudence internationale, d'après laquelle les actes juridiques doivent être interprétés conformément à leur but et de manière à ne pas être privés de leurs effets utiles.

Cette règle, à laquelle nous nous sommes référés au paragraphe 46 de notre mémoire, ne s'applique pas seulement aux conventions ; elle vaut pour l'interprétation de tous les actes juridiques.

Il est de toute évidence qu'elle s'oppose à l'interprétation que nos estimés contradicteurs voudraient donner de l'attitude prise par le souverain indien en reconnaissant les enclaves portugaises.

Mais dans le cas qui nous occupe, cette règle d'interprétation se trouve en quelque sorte dominée par un autre principe, dont personne ne contestera l'autorité : c'est le principe de la bonne foi. Car la réserve mentale qu'il faudrait imputer au souverain territorial pour le considérer comme libre de toute obligation, cette réserve, dis-je, serait manifestement un défi aux exigences les plus élémentaires de la bonne foi.

En reconnaissant la souveraineté du Portugal sur Dadrá et sur Nagar-Aveli, le souverain du territoire indien s'est interdit d'agir dans un sens incompatible avec elle. Il s'est interdit de prendre des mesures dont l'effet serait inévitablement de ruiner cette situation qu'il a reconnue.

Je rappelais tout à l'heure que la thèse du Gouvernement indien, en ce qui concerne les titres pouvant être invoqués comme fondement du droit de passage, repose essentiellement sur l'affirmation qu'un tel droit exigerait le consentement de l'État par le territoire duquel le passage doit s'effectuer.

En un certain sens, on pourrait soutenir que la reconnaissance de l'enclave comporte un tel consentement.

L'État à l'intérieur duquel se trouve une enclave sur laquelle un gouvernement étranger exerce sa souveraineté, cet État doit nécessairement prendre position à l'égard de ce phénomène.

Il ne peut pas ignorer son existence. Ou bien il l'admet — et c'est précisément ce qu'il fait quand il le reconnaît ; ou bien, au contraire, il s'y oppose, il conteste la prétention du gouvernement étranger qui affirme sa souveraineté sur l'enclave.

Il n'y a pas d'autre alternative. Cet État ne peut pas se réfugier dans l'abstention, il ne peut pas faire semblant d'ignorer une situation qui affecte directement son propre territoire.

S'il reconnaît l'existence de l'enclave, on peut dire que cette reconnaissance comporte donc de sa part un consentement explicite.

Mais attention! Ce consentement porte sur quoi? Il porte sur l'existence de l'enclave; sur la présence à l'intérieur du territoire national d'une enclave étrangère. Il ne porte pas spécialement sur le droit de passage.

Ce n'est pas ainsi que doit être interprétée, semble-t-il, l'exigence de la Partie adverse quand elle prétend que le droit de passage lui-même devrait faire l'objet d'un consentement explicite.

En subordonnant l'existence d'un droit de passage au consentement explicite du souverain territorial, nos estimés contradicteurs semblent bien avoir en vue un consentement portant explicitement sur le droit de passage lui-même.

D'après leur conception — si nous l'interprétons correctement — il ne suffirait pas, pour que le droit de passage existe, que l'existence de l'enclave ait été reconnue. Il faudrait que le souverain territorial ait donné en outre son consentement à la création d'un droit de passage.

Sans quoi, toute reconnaissance d'enclave par l'État au sein duquel elle se trouve, toute reconnaissance d'une parcelle enclavée soumise à une souveraineté étrangère comporterait *ipso facto* l'acceptation du droit de passage nécessaire à l'administration de cette enclave. Et l'on aboutirait ainsi à confirmer la thèse du Portugal, à savoir que le droit de passage est le corollaire logique et indispensable de l'existence même de l'enclave, dès que cette existence a été reconnue par le souverain territorial.

Dans notre thèse, le consentement du souverain territorial joue également un rôle. Seulement ce consentement, c'est sur l'existence de l'enclave qu'il porte. Une fois que le souverain territorial a reconnu cette existence, une fois qu'il a admis que la présence de l'enclave étrangère dans les limites de son propre territoire constitue un élément valable de l'ordre juridique international, le reste, c'est-à-dire le droit de passage, ne fait que découler naturellement et nécessairement de cette reconnaissance.

C'est là que les deux thèses se séparent. Pour l'Inde la reconnaissance de l'enclave par le souverain territorial ne suffit pas. Il faut que, par surcroît, il ait consenti explicitement au droit de passage.

A défaut de ce consentement spécial aucune obligation n'existerait à sa charge. Il disposerait d'un pouvoir discrétionnaire, ce qui signifie qu'il pourrait, à son gré, ruiner la souveraineté du possesseur de l'enclave en l'empêchant d'exercer cette souveraineté.

Comme je le disais il y a un instant, soutenir pareille thèse, c'est prêter au souverain territorial une réserve mentale logiquement absurde et manifestement contraire à la bonne foi.

Et nous pouvons constater, du même coup, que la façon dont nos estimés contradicteurs interprètent l'attitude qui a été adoptée par les souverains successifs de l'Inde à l'égard du transit portugais ne résiste pas à la réflexion.

L'Inde ne conteste pas — elle ne pourrait pas contester — que le transit nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves s'est effectué d'une manière constante, sans aucune interruption, depuis le XVII^{me} siècle jusqu'en 1954.

C'est un fait indéniable et sans lequel d'ailleurs on ne pourrait pas comprendre la présence ininterrompue des autorités portugaises à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Mais ce fait incontestable, le Gouvernement indien prétend qu'il s'expliquerait uniquement par le bon vouloir du souverain local. Celui-ci aurait disposé d'un pouvoir discrétionnaire. Il n'aurait été lié par aucune obligation. Ce serait simplement à titre gracieux qu'il se serait comporté comme il l'a fait.

On voit immédiatement que cette interprétation est tout à fait inadmissible. Elle prêterait, en effet, au souverain local des arrière-pensées que la bonne foi condamnerait indubitablement.

Elle signifierait, par exemple, que quand les Britanniques ont reconnu la souveraineté du Portugal sur les enclaves, ils se seraient réservé mentalement la faculté de ruiner cette souveraineté dont ils admettaient l'existence et qu'ils s'engageaient à respecter.

Il est évident qu'ils n'ont pas pu le faire, et il est évident qu'ils ne l'ont pas fait.

Dès lors, quand on les voit s'abstenir d'empêcher les communications nécessaires entre Damão et les enclaves, on peut affirmer qu'il est faux d'interpréter cette attitude comme une simple tolérance de leur part, comme une façon généreuse de faire usage de leur pouvoir discrétionnaire.

Leur attitude implique évidemment la conscience d'un devoir.

Est-il nécessaire d'aller plus loin pour justifier le droit de passage revendiqué par le Portugal?

Les principes tout à fait élémentaires auxquels je viens de me référer suffisent amplement pour l'établir. Que ces principes soient inhérents à la structure fondamentale du droit des gens, personne ne peut le contester. Nous pourrions donc nous arrêter là.

Mais les vérités de bon sens qui se dégagent de ces principes trouvent d'autres confirmations.

Elles en trouvent notamment dans la coutume internationale, à laquelle je voudrais m'attacher maintenant.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au paragraphe 51 de notre mémoire, nous avons mentionné un certain nombre de cas empruntés à la pratique actuelle et qui illustrent le régime coutumier des enclaves.

Nous avons cité :

— l'enclave indienne de Mechval, située dans le territoire portugais de Nagar-Aveli;

— l'enclave britannique du Basutoland, dans l'Union sud-africaine;

— les enclaves belges de Baerle-Duc, dans les Pays-Bas;

— les enclaves hollandaises de Baarle-Nassau, dans le territoire de Baerle-Duc;

— l'enclave allemande de Büsingen, en Suisse;

— l'enclave espagnole de Llívia, en France;

— l'enclave italienne de Campione, en Suisse.

A ces différents exemples, nous avons ajouté dans notre réplique (paragraphe 307 et annexes 192 et 193) celui du fort de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda, qui est une enclave portugaise située dans le Dahomey.

M. le doyen Telles a déjà parlé de la petite enclave de Mechval. Je n'ai rien à ajouter à ce qu'il en a dit.

En ce qui concerne l'enclave du Basutoland, le Gouvernement indien a déclaré, au paragraphe 187 de ses exceptions préliminaires, qu'elle se trouve dans des conditions géographiques et autres qui lui sont particulières.

On reconnaîtra que cette formule n'apporte aucune précision. En quoi les « conditions géographiques et autres » du Basutoland sont-elles différentes? On ne nous le dit pas. Évidemment, toute enclave a ses particularités, mais il s'agit de savoir si les conditions spéciales du Basutoland lui enlèvent sa valeur démonstrative.

Le Basutoland, qui est situé à l'intérieur du territoire de l'Union sud-africaine, relève de la souveraineté du Royaume-Uni.

Avant que l'Union sud-africaine devînt un État indépendant, la Grande-Bretagne avait naturellement toute liberté de s'y rendre, puisque ce n'était qu'une partie d'un territoire qui lui appartenait.

Quand l'Union sud-africaine devint indépendante, le Basutoland resta sous la souveraineté de la Grande-Bretagne.

Comme nous l'avons signalé au paragraphe 306 de nos observations sur les exceptions préliminaires, aucun arrangement formel n'a été conclu entre les deux États intéressés en ce qui concerne les communications du Royaume-Uni avec le Basutoland à travers l'Union sud-africaine.

La question n'a jamais été réglée conventionnellement. Mais la pratique n'est pas douteuse: les communications se font régulièrement et il ne semble pas qu'aucune difficulté ait jamais été soulevée, à cet égard, par le Gouvernement de Prétoria.

Qu'il me soit permis de constater en passant que, si la thèse soutenue par nos estimés contradicteurs était admise — la thèse d'après laquelle un droit de passage n'existe que sur la base d'un consentement explicite et spécial —, il en résulterait que les communications du Royaume-Uni avec son enclave du Basutoland se trouvent à la merci de l'Union sud-africaine.

Le Gouvernement de l'Inde a exprimé l'opinion que le nombre des cas pratiques que nous citons serait insuffisant pour justifier la conclusion que nous en tirons, c'est-à-dire la conclusion de l'existence d'une règle coutumière.

Cette objection manque évidemment de pertinence. Le nombre des cas à la lumière desquels une pratique coutumière se révèle n'est aucunement essentiel, parce que ce nombre dépend nécessairement de l'objet dont il s'agit.

Dans certaines matières, il va de soi qu'un nombre restreint de témoignages serait insuffisant. Il en serait ainsi par exemple quand il s'agit de questions sur lesquelles la généralité des États est amenée à prendre position.

Qu'on songe, par exemple, au traitement qui doit être assuré aux étrangers se trouvant sur le territoire de l'État. Comme tous les États sont amenés à prendre attitude sur ce point, il est évident qu'un nombre restreint de témoignages serait insuffisant pour établir l'existence d'une coutume, puisque la coutume suppose une pratique générale.

Mais il n'en est pas de même dans une matière comme celle des enclaves, pour la bonne raison que, dans cette matière, les occasions de prendre attitude sont forcément rares.

Comme le dit Sørensen, tout ce que l'on peut demander, c'est que « la même conduite soit réalisée autant que l'occasion s'en est présentée » (*Les sources du droit international*, p. 102).

Le Gouvernement indien prétend-il que la pratique des États contredirait parfois notre thèse et confirmerait la sienne?

Apporte-t-il la preuve que des États, dans le territoire desquels se trouvent des enclaves étrangères, aient adopté l'attitude qu'il prend lui-même à l'égard de Dadrá et de Nagar-Aveli?

Apporte-t-il la preuve que ces États aient empêché le souverain de ces enclaves de communiquer avec elles et par conséquent d'y exercer sa souveraineté?

Apporte-t-il la preuve que des faits de ce genre se seraient produits sans soulever, de la part du souverain de l'enclave, les protestations les plus énergiques?

Il ne cite pas un seul fait de ce genre.

On dira peut-être que c'est à nous de prouver l'existence de la coutume que nous invoquons (bien que les règles du fardeau de la preuve ne jouent pas strictement quand il s'agit d'établir le droit en vigueur).

Mais il est clair que le Gouvernement de l'Inde n'a pas manqué de faire des recherches à ce sujet. Les longs délais qu'il a demandés au cours de la procédure pour constituer son dossier lui ont certainement permis de procéder à toutes les investigations nécessaires à cet égard.

On peut être assuré que si des cas existaient qui corroborent sa thèse, il n'aurait pas manqué de les faire valoir.

Or, je le répète, aucun cas de ce genre n'apparaît dans sa riche documentation.

En revanche, tous ceux que nous citons — et ce sont les seuls cas de véritables enclaves que nous ayons pu vérifier — corroborent entièrement notre thèse, ainsi qu'il me sera facile, je pense, de le démontrer.

Nous ne nous sommes pas contentés d'ailleurs de faire l'inventaire des cas actuels. Nous nous sommes tournés également vers le passé, et nous avons demandé à M. Edouard Bauer, qui est professeur à l'université de Neuchâtel, une étude historique de la question. Cette étude a été jointe à nos observations sur les exceptions préliminaires. Elle en forme l'annexe 25.

Dans cette étude figurent certains cas qui ne correspondent pas à la situation litigieuse; certains cas où il ne s'agit pas d'enclaves au sens strict du mot, c'est-à-dire d'enclaves hermétiquement closes et séparées du reste du territoire de l'État.

Le Gouvernement indien en fait grief au professeur Bauer et il croit pouvoir diminuer ainsi la valeur de son exposé. Mais l'auteur ne s'est aucunement mépris. Il explique lui-même, en tête de son étude, que le terme d'enclave est employé dans des acceptions différentes; et s'il est sorti parfois du cadre de la seule question qui nous intéresse, ce n'est pas du tout par inadvertance, mais c'est pour montrer que, même quand il ne s'agit pas d'enclaves au sens rigoureux du mot, on relève dans la pratique une tendance très marquée à accorder un droit de passage aux États intéressés.

Les cas de ce genre qui sont mentionnés dans l'étude du professeur Bauer ne concernent pas directement l'objet du litige et nous pouvons les écarter du débat.

Ce qui importe, ce sont les autres, ce sont les cas où il s'agit de véritables enclaves.

Ceux-là se rapportent indiscutablement à notre sujet. Or ils concordent entièrement avec nos conclusions. Dans tous ces cas, sans exception, le

souverain des parcelles enclavées s'est vu reconnaître le droit de traverser les territoires qui l'en séparaient pour pouvoir y exercer sa souveraineté.

L'étude du professeur Bauer embrasse toute la période qui est postérieure aux traités de Westphalie de 1648, c'est-à-dire qui est postérieure au moment où la structure fondamentale du droit international a pris sa forme moderne.

Il n'y avait pas lieu de remonter plus haut, parce qu'avant cela, comme le dit l'auteur, « les droits de souveraineté et de suzeraineté, les droits politiques et les droits domaniaux étaient confondus dans la pratique de manière si inextricable » qu'une étude du régime des enclaves à cette époque ne permettrait de dégager aucune conclusion valable au point de vue du litige actuel.

Nous nous sommes donc efforcés de réunir une large documentation; une documentation qui ne couvre pas seulement la pratique contemporaine, mais encore celle du passé jusqu'à la limite où cette pratique peut servir de base à la recherche d'une coutume valable.

Or, je le répète encore, parmi tous les cas que nous avons passés en revue, il n'en est pas un seul, je dis bien: *pas un seul*, qui aille à l'encontre de nos conclusions.

Ni actuellement, ni dans le passé, on ne peut trouver un seul exemple du système juridique que le Gouvernement de l'Inde prétend être conforme au droit international, c'est-à-dire d'un système d'après lequel l'État qui admet la formation et qui reconnaît l'existence d'une enclave étrangère dans son territoire se réserverait le droit de couper les communications de cette enclave et d'empêcher ainsi le souverain légal de l'administrer.

[Audience publique du 1^{er} octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je dois m'arrêter maintenant aux arguments qui sont présentés par la Partie adverse en vue de contester la valeur démonstrative des témoignages de la pratique dont nous faisons état.

Un premier argument — qui semble bien être le plus important dans la pensée de nos estimés contradicteurs — consiste à dire que, dans tous les cas que nous citons, le droit de transit aurait une base consensuelle.

On voit aisément le rapport qui existe entre cette affirmation et la thèse de la Partie adverse d'après laquelle on ne pourrait pas trouver une base au droit de passage en dehors du consentement explicite de l'État sur le territoire duquel le passage doit avoir lieu.

Cela étant, il devient essentiel pour le Gouvernement indien de nier l'existence d'une coutume générale et de présenter le droit de passage comme étant fondé, dans tous les cas, sur le consentement de l'État territorial.

Que convient-il de répondre à cette objection?

La première observation qui me paraît devoir être faite, c'est que les actes consensuels peuvent parfaitement contribuer à la formation d'une règle coutumière.

Pour constater l'existence d'une coutume, c'est l'attitude prise par les États devant certaines situations qu'il faut observer. Or, cette attitude se manifeste sous les formes les plus diverses. Elle peut se manifester par des actes unilatéraux; mais elle peut se manifester aussi par des actes bilatéraux ou multilatéraux. Il arrive souvent que la consécration de

certaines règles par une série de conventions successives soit considérée comme la preuve de la formation d'une coutume.

Et, surtout, il ne faut pas oublier que, parmi les conventions, il y a, au point de vue qui nous retient ici, une distinction à faire.

Il existe des conventions qui créent une situation juridique exceptionnelle; des conventions qui soumettent les États contractants à un régime particulier, exorbitant du droit commun.

Mais il y en a d'autres qui se présentent sous un jour tout différent et dont l'objet est simplement d'organiser, entre États contractants, l'application d'une norme de droit commun.

Le fondement du régime institué par le traité ne se trouve plus alors dans le traité lui-même. Il se trouve dans la norme générale que le traité organise. Le traité se base sur un principe admis. Il ne fait que préciser les conditions d'application de ce principe, en y ajoutant certaines obligations particulières et certaines garanties complémentaires.

Cette distinction est très importante dans le cas qui nous occupe, parce que la plupart des accords se rapportant aux exemples que nous avons cités se rangent manifestement dans la seconde catégorie et non pas du tout dans la première. Ce sont des accords dont l'objet est d'organiser l'application de la règle générale sur laquelle nous nous appuyons, et non pas de reconnaître exceptionnellement à l'une des parties le droit d'utiliser le territoire de l'autre pour assurer les communications indispensables à l'administration de ses territoires enclavés.

Cette conclusion, Messieurs, s'impose pour la période historique qui a été passée en revue par le professeur Bauer.

Il est clair que les dispositions relatives au transit qui figurent dans les traités mentionnés par l'auteur ne peuvent pas être isolées d'un principe général qu'elles ne font que préciser et renforcer.

Je ne vais pas passer en revue tous les cas qui ont été examinés par le professeur Bauer. Je prendrai un ou deux exemples.

Je prends d'abord comme exemple le Traité de Münster du 24 octobre 1648.

Ce traité instituait quatre enclaves au profit de la France. Or, que voit-on? C'est que le traité ne dit rien du transit concernant la plupart de ces enclaves, mais qu'il donne à la France des garanties formelles pour certaines communications spéciales.

Ainsi, il prévoit que les autorités de Saverne devront assurer le libre transit aux armées de Louis XIV chaque fois que la demande en sera faite.

Pourquoi cette disposition formelle dans le cas de Saverne et pour le passage des armées, alors que le traité ne prend pas de précautions analogues pour les autres cas, ni pour Saverne, ni pour les autres enclaves?

Le professeur Bauer l'explique: c'est en raison de l'importance essentielle de la trouée de Saverne au point de vue militaire et c'est aussi parce que cette disposition aurait, si elle n'avait pas existé, mis en péril peut-être la neutralité de Saverne — de Saverne, qui aurait pu juger incompatible avec sa neutralité le passage des armées de Louis XIV en temps de guerre.

On s'est donc trouvé là devant un cas tout à fait exceptionnel, où l'on pouvait se demander si le droit de passage comportait une liberté aussi grande. En raison de la situation spéciale de Saverne, et en raison du problème spécial du passage des forces armées, le Gouvernement de Louis XIV a fait insérer une disposition particulière.

Mais si on raisonnait comme le font nos estimés contradicteurs, on dirait que, le consentement du souverain territorial n'ayant pas été donné dans les autres cas et n'ayant été donné que pour le passage des armées et dans le cas de Saverne, on devrait en conclure que pour le reste il n'y avait aucun droit de passage.

Or, le bon sens indique que cette interprétation est tout à fait inadmissible. La France victorieuse aurait-elle admis que, dans les autres cas, la souveraineté qu'elle s'était fait reconnaître sur certaines enclaves aurait été à la merci de souverains étrangers, comme le roi d'Espagne et le duc de Lorraine, dont il lui fallait traverser le territoire pour se rendre dans ses domaines enclavés?

Évidemment non.

Et, en ce qui concerne Saverne, peut-on imaginer que le passage des magistrats et des fonctionnaires civils aurait été considéré comme inadmissible parce qu'il n'y avait pas dans le traité une clause prévoyant que ce passage était admis, parce qu'on ne parlait que des armées? Peut-on admettre que le passage des armées aurait été admis, en vertu de la clause formelle, mais que le passage des fonctionnaires civils aurait été impossible, parce qu'il n'y avait pas une disposition conventionnelle, parce que le consentement explicite de l'autre partie n'avait pas été donné? Peut-on admettre que Louis XIV victorieux aurait accepté ce risque de voir ses fonctionnaires civils bloqués, de les voir dans l'impossibilité de se rendre dans les enclaves qu'il s'était fait adjuger; qu'il aurait accepté de n'avoir pour lui qu'un seul droit, le droit de faire passer ses armées par Saverne?

Je prends un autre exemple: celui du Traité de Rastadt du 6 mars 1714, qui mit fin à la guerre de succession d'Espagne, en ce qui concerne la France et l'Empire.

Ce traité autorisait la France à fortifier la place de Landau et ses dépendances, c'est-à-dire une position qui se trouvait enclavée dans les territoires impériaux. Or, le traité ne disait rien des communications nécessaires à l'administration et à la mise en valeur de cette place.

Dira-t-on que ce silence devait être interprété comme la consécration du pouvoir discrétionnaire de l'empereur et qu'il faut en déduire que l'empereur tenait à sa merci les droits de la France sur Landau et ses dépendances?

Qu'est-ce qu'une place forte dont le souverain n'est pas juridiquement assuré de pouvoir y exercer son autorité?

Je crois que ces quelques exemples, que je ne voudrais pas multiplier, prouvent que, contrairement à la thèse de la Partie adverse, l'absence de dispositions conventionnelles ne peut aucunement être interprétée comme impliquant le pouvoir discrétionnaire de l'État par le territoire duquel le passage à une parcelle enclavée doit s'effectuer.

J'en arrive maintenant aux enclaves actuelles: Llivia, Büsingen, Campione, Baerle-Duc, Baerle-Nassau, le Basutoland et le Fort de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda.

En ce qui les concerne, le Gouvernement indien prétend également que le droit de passage aurait une base conventionnelle et ne pourrait pas être considéré comme la manifestation d'une coutume générale.

Voyons ce qu'il faut en penser.

Le cas de Llivia est le seul que l'on pourrait considérer, à la rigueur, comme ayant une origine conventionnelle.

La convention de 1660, qui a consacré l'existence de cette enclave espagnole en territoire français, contient une série de dispositions réglant le transit. Le texte semble bien indiquer que les parties contractantes considéraient le droit de passage comme le corollaire naturel de l'enclavement. Mais enfin il y a là tout de même une certaine confusion entre le principe et son organisation, qui ne permet pas de les distinguer clairement l'une de l'autre.

Seulement, à supposer que, dans ce cas particulier — et c'est le seul —, le droit de transit ait pris à l'origine une forme conventionnelle, une observation s'impose: c'est que trois siècles se sont écoulés depuis lors et que pendant ces trois siècles le droit de transit est resté immuable dans son principe. On a apporté de petits changements à son organisation, notamment au milieu du XIX^{me} siècle, en 1868 exactement. Des garanties nouvelles ont été ajoutées à celles qui avaient été prévues précédemment. Elles concernent entre autres le passage des troupeaux, l'usage de certains chemins, de certains pâturages, etc. Mais sous ces variations minimales, sous ces variations de surface, l'essentiel n'a pas bougé. Le principe fondamental n'a jamais été mis en cause.

Quelles sont les règles conventionnelles qui ont cette longévité? Elles sont, il faut le reconnaître, extrêmement rares. Lorsqu'une règle se maintient avec cette constance et cette fermeté, c'est qu'elle répond à une nécessité profonde. Et on est en droit de dire que, sous sa forme conventionnelle, elle a la valeur d'un principe inhérent aux exigences de la vie sociale.

Prenons maintenant le cas des deux enclaves qui sont situées à l'intérieur de la Suisse: l'enclave allemande de Büsingen et l'enclave italienne de Campione.

Nous avons versé au dossier, à leur sujet, une attestation du Gouvernement suisse. Elle figure à l'annexe 23 de nos observations sur les exceptions préliminaires.

Büsingen est une commune badoise qui est enclavée dans le canton de Schaffhouse.

Au paragraphe 293 c) de son contre-mémoire, le Gouvernement indien déclare:

« que toutes les questions se rapportant à sa situation particulière sont régies par des accords »,

et il ajoute que

« l'usage local n'entre pas en ligne de compte, même à titre de considération secondaire ».

C'est là une affirmation vraiment surprenante, car elle contredit la note du Gouvernement fédéral.

Dans cette note, le Gouvernement suisse mentionne une disposition figurant dans une convention du 21 septembre 1895, qui concerne Büsingen.

Il y est dit que les personnes qui seraient arrêtées dans l'enclave pour des faits punis par les lois allemandes, ou en vertu d'un jugement rendu par un tribunal allemand, devront être conduites par des agents allemands en territoire allemand, à moins qu'elles ne soient de nationalité suisse. Voilà l'objet de la disposition.

Cette disposition n'a donc aucunement pour effet d'accorder à l'Allemagne un droit de transit pour l'ensemble des besoins de l'administration de l'enclave.

Elle ne règle qu'un point particulier, concernant la procédure à suivre en cas d'arrestation, dans l'enclave, de personnes qui sont justiciables de l'Allemagne.

Le message du 15 novembre 1895 par lequel le Conseil fédéral a présenté la convention dont il s'agit à l'Assemblée fédérale est d'ailleurs tout à fait explicite à cet égard. Ce message dit que le Gouvernement allemand a exprimé le désir « de régler quelques points relatifs à l'administration de la justice sur le territoire enclavé ». Et il ajoute :

« Après un examen approfondi des propositions allemandes, nous nous sommes déclarés prêts à entrer en pourparlers en vue d'un accord. » (*Feuille fédérale suisse*, 1895, tome IV, pp. 497 et ss.)

On ne pourrait pas dire plus clairement que la convention de 1895, loin de constituer la base du régime juridique dont jouit Büsingen, ne fait que préciser ce régime sur un point particulier.

Or, après avoir mentionné la disposition conventionnelle dont il s'agit, le Gouvernement suisse déclare, dans la note que nous avons annexée au dossier :

« C'est la seule disposition conventionnelle ayant trait au transit d'organes allemands se rendant sur le territoire de la commune en question. »

Il n'existe donc aucune autre disposition conventionnelle.

Alors que le Gouvernement indien nous dit que tout est réglé par convention, le Gouvernement fédéral dit qu'il y a un seul point qui est réglé par convention. C'est celui-là.

Comment le transit des fonctionnaires allemands est-il donc réglé dans les autres cas? La note du Gouvernement suisse nous le dit :

« Le poste de police compétent pour Büsingen se trouve à Gailingen, qui est la commune allemande la plus proche. Il n'existe donc pas d'organes de police allemands stationnés à Büsingen. Lorsqu'un des agents du poste de Gailingen doit se rendre à Büsingen pour raisons de service, il se présente aux organes suisses chargés du contrôle de la frontière et peut transiter sans difficulté, à travers le territoire suisse, en uniforme et avec ses armes réglementaires. Il en est de même pour les autres fonctionnaires allemands devant se rendre à Büsingen pour des raisons de service. »

Et la note ajoute :

« Il y a lieu de remarquer que la question du transit d'organes de douane ne se pose pas en l'espèce, vu que Büsingen est, en fait, rattaché au territoire douanier de la Suisse. »

Ainsi, le transit des fonctionnaires allemands devant se rendre à Büsingen pour des raisons de service ne rencontre aucun obstacle. Et s'il s'agit de fonctionnaires de la police, ils passent en uniforme et avec leurs armes.

En vertu de quoi? En vertu d'une convention? Pas le moins du monde. Aucune disposition conventionnelle existante ne règle la question. La seule disposition qui existe est celle que je mentionnais tout à l'heure et qui a trait à un autre point. Le régime est donc simplement déterminé par l'usage.

Et quand le Gouvernement indien affirme — que je répète — « l'usage local n'entre pas en ligne de compte, même à titre de considération secondaire », eh bien, il commet manifestement une erreur.

Nous sommes en présence d'un régime qui est, au contraire, purement coutumier dans son ensemble, la convention de 1895 ne faisant que le compléter sur un point particulier.

Voici maintenant Campione, une petite enclave italienne, située sur les bords du lac de Lugano.

Dans son paragraphe 293 b), le contre-mémoire indien dit que cette enclave est régie par l'accord du 5 octobre 1861 sur la délimitation des frontières entre la Lombardie et le canton du Tessin. Cette phrase pourrait faire croire que le régime de l'enclave est réglé, au point de vue du droit de passage, par l'accord en question.

Or, il n'en est rien.

Comme le déclare expressément le Gouvernement suisse dans sa note que nous avons versée au dossier, « la seule disposition conventionnelle pouvant s'appliquer en l'espèce » est l'article 2 de la convention italo-suisse du 22 octobre 1923 au sujet de la navigation sur le lac Majeur et sur le lac de Lugano.

Il n'existe aucun règlement conventionnel ayant spécifiquement pour objet les communications de l'Italie avec son enclave de Campione.

La seule disposition applicable à la matière est, je le répète, l'article 2 de la convention de 1923.

Or, quel est l'objet de cette convention?

Comme son titre l'indique, elle concerne d'une manière générale « la navigation sur le lac Majeur et sur le lac de Lugano », qui sont des lacs-frontières et où les questions de circulation soulèvent, par là même, certaines difficultés.

L'article 2 concerne les transports militaires, de police et de douane. Mais la note du Gouvernement suisse prend soin de relever le dernier alinéa de cet article 2, qui concerne Campione et qui est rédigé de la manière suivante :

« L'état de choses existant demeurera sans changement aussi longtemps que les deux Parties contractantes n'auront pas passé des accords spéciaux. »

Par conséquent, la convention de 1923 réserve le régime de Campione. Elle précise qu'en ce qui concerne Campione, on s'en tiendra à la pratique existante, aussi longtemps que des accords spéciaux n'auront pas été conclus. Et comme des accords spéciaux n'ont pas été conclus, à ma connaissance, c'est toujours la pratique qui est seule déterminante.

Quelle est cette pratique?

La note du Gouvernement fédéral nous le dit :

« Selon la pratique, les organes de police italiens se rendant à Campione se servent des bateaux qui assurent le service régulier sur le lac de Lugano et peuvent, dans ces conditions, passer librement. »

Le transit par terre n'est pas admis. Il n'est pas admis davantage que le transport se fasse au moyen de bateaux spécialement affectés aux services de police.

Mais ces deux réserves n'empêchent aucunement les organes de la police italienne de se rendre librement à Campione à travers les eaux

suisses, puisqu'il est de pratique constante, comme le dit le Gouvernement fédéral, qu'ils peuvent le faire en utilisant les services réguliers.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'examen de la situation des enclaves belges et néerlandaises de Baerle-Duc et Baarle-Nassau conduit aux mêmes conclusions.

Nous avons produit à leur sujet deux attestations émanant des gouvernements intéressés. Elles figurent aux annexes 21 et 24 de nos observations sur les exceptions préliminaires.

L'affaire dont la Cour a été saisie par ces deux gouvernements le 26 novembre 1957 et sur laquelle elle a récemment statué se rapporte à l'appartenance de certaines parcelles des territoires enclavés. Elle a donc un tout autre objet que celui qui intéresse le différend actuel.

Pour nous, il ne s'agit pas de savoir si telle parcelle relève de la souveraineté néerlandaise ou de la souveraineté belge; il s'agit de savoir si les Pays-Bas reconnaissent à la Belgique un droit de passage à travers leur territoire pour communiquer avec ses enclaves, et inversement, si la Belgique reconnaît ce même droit au Gouvernement néerlandais. Or, sur ce point, aucun doute n'est permis. Les deux notes officielles que nous avons produites le déclarent sans la moindre ambiguïté.

Note du Gouvernement de La Haye:

« La pratique administrative néerlandaise constante est de n'entraver en rien la circulation d'autorités et de fonctionnaires belges qui, munis d'un titre d'identité, traversent le territoire néerlandais pour l'exercice de leurs fonctions sur le territoire de Baerle-Duc. Les gendarmes et les douaniers peuvent, en ce faisant, emporter leurs armes. A l'intérieur de l'agglomération de Baerle-Duc ils circulent, éventuellement armés, en toute liberté. »

Voici maintenant la note du Gouvernement de Bruxelles:

« Les autorités belges n'entravent en rien et n'ont jamais entravé le passage des autorités et fonctionnaires néerlandais qui traversent le territoire belge pour assurer l'exercice effectif de la souveraineté des Pays-Bas sur les parcelles néerlandaises enchevêtrées dans les territoires belges. Aucun obstacle n'est fait à ce que les gendarmes, douaniers, etc., des Pays-Bas emportent leurs armes en ce faisant. De même, les ressortissants néerlandais peuvent librement accéder aux parcelles susmentionnées à travers le territoire belge, et les marchandises qui, pour circuler entre les deux parties du territoire néerlandais, doivent passer par le territoire belge, passent sans formalité à travers celui-ci. »

Les règles en vigueur, tant du côté belge que du côté néerlandais, sont donc extrêmement libérales et, dans tous les cas, aucun obstacle n'est apporté aux communications nécessaires à l'exercice de la souveraineté dans les enclaves.

Ce régime, de quoi résulte-t-il, d'où vient-il, sur quoi repose-t-il?

Le contre-mémoire indien déclare, dans son paragraphe 293 d), que le statut de ces enclaves

« est régi par un accord entre la Belgique et les Pays-Bas datant de 1842, et en particulier par l'article 14 ».

Or cette affirmation est inexacte, ou, tout au moins, elle est de nature à créer une confusion. Elle tendrait à faire croire que l'accord en question,

celui du 5 novembre 1842, règle le droit de passage. Eh bien ! il n'en est rien du tout. Il s'agit d'un traité dont le seul objet est de délimiter les frontières belgo-néerlandaises après la séparation des deux pays. L'article 14 de ce traité concerne les enclaves, et voici simplement ce qu'il dit :

« Le *statu quo* sera maintenu tant à l'égard des villages de Baarle-Nassau (Pays-Bas) et Baerle-Duc (Belgique) que par rapport aux chemins qui les traversent. »

Il s'agit uniquement d'un traité délimitant la frontière et, pour les enclaves, on dit : le *statu quo* sera maintenu.

Le texte de cette disposition est reproduit dans le mémoire que le Gouvernement belge a déposé, le 15 février 1958, dans l'affaire que la Cour a récemment jugée.

Il n'y est aucunement question de la réglementation du droit de passage. Il s'agit uniquement du tracé de la frontière.

Et, soit dit en passant, ce silence du traité est d'autant plus intéressant que le traité contient plusieurs dispositions relatives à la navigation sur les voies d'eau intérieures, donc à l'utilisation des eaux intérieures comme voies de passage.

Ces dispositions du traité ont un caractère général et elles sont sans application pour les enclaves, puisque les communications avec les enclaves ne s'effectuent pas par eau, elles s'effectuent par terre. Mais la présence de ces dispositions dans le Traité de 1842 et l'absence de toute disposition relative aux communications avec les enclaves prouvent bien que les parties sentaient qu'il était parfaitement superflu de faire consacrer conventionnellement le droit de communication avec les enclaves. Si elles avaient eu le moindre doute à ce sujet, rien n'aurait été plus simple que d'inscrire dans le traité une disposition prévoyant le droit de communiquer avec les enclaves en question. L'absence de dispositions, mise en regard de l'existence de ces règles qui concernent l'utilisation des voies d'eau intérieures, éclaire parfaitement l'état d'esprit des deux parties contractantes.

Le droit de passage, tel que le décrivent les deux notes officielles que nous avons versées au dossier, est donc uniquement de consistance coutumière.

En ce qui concerne le fort de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda, je ne dirai pas que la situation est plus claire, parce qu'il serait difficile qu'elle le fût. Mais elle est en tout cas d'une clarté parfaite.

Aucune disposition conventionnelle n'existe.

Au moment où le Dahomey a été annexé à la France, le Portugal a conservé le fort de Saint-Jean Baptiste, qui se trouve à quelques kilomètres de la côte.

La situation est exposée dans un mémorandum du ministère des Affaires étrangères de la République française, que nous avons reproduit à l'annexe 193 de notre réplique. Comme le dit expressément ce mémorandum, il s'agit d'une situation « purement coutumière ».

Au paragraphe 556 de sa duplique, le Gouvernement indien croit pouvoir contester la valeur de cet exemple en disant qu'il ne semble pas y avoir de population portugaise à Saint-Jean Baptiste.

Cette observation empêche-t-elle le fort de constituer une enclave portugaise dans le Dahomey? C'est bien de la souveraineté portugaise qu'il relève. Et cette souveraineté s'y exerce normalement, dans les conditions appropriées au cas dont il s'agit. Le résident et les

fonctionnaires portugais qui l'assistent y accèdent librement et le matériel qui leur est nécessaire transite avec la même facilité.

Reste le Basutoland. C'est un territoire beaucoup plus important que les enclaves dont nous avons parlé jusqu'ici. Sa superficie est plus de la moitié de celle des Pays-Bas et sa population dépasse 780.000 âmes.

Le Basutoland fut déclaré territoire britannique en 1868. En 1909, quand fut constituée l'Union de l'Afrique du sud, il resta sous la souveraineté du Royaume-Uni. Tous les ans, le *Colonial Office* publie un rapport sur la situation du Basutoland et ces rapports fournissent de nombreux renseignements, dont plusieurs ne manquent pas d'intérêt pour nous. On y voit, notamment, que le territoire est gouverné par un commissaire résident, assisté d'un secrétaire du gouvernement; que ce commissaire a sous son autorité une série de chefs de départements administratifs et de fonctionnaires de district. Les départements administratifs sont au nombre de onze: finances, hygiène, éducation, agriculture, police, postes et télégraphes, etc.

Il existe au Basutoland des conseils de districts et, depuis quelques jours, un conseil national, dont le pouvoir législatif ne s'étend toutefois qu'à certaines matières. Les matières les plus importantes restent réservées au haut-commissaire britannique. Au nombre de ces matières réservées figurent la défense, les affaires extérieures, la sécurité intérieure et les services publics (*public services*).

Cette création d'un conseil national vient d'être faite. La réforme est entrée en vigueur le 21 septembre, le jour même où commençaient les audiences publiques de la Cour consacrées à notre litige. Les journaux en ont publié la nouvelle. On la trouve, par exemple, dans le *Times* du 22 septembre, sous le titre « *Constitution for Basutoland* ».

Il s'agit donc d'une administration importante, dont les besoins dépassent considérablement ceux des deux enclaves portugaises de l'Inde.

Et cette administration fonctionne régulièrement. Jamais l'Union sud-africaine n'a invoqué sa souveraineté territoriale pour l'empêcher ou l'entraver.

Or toutes les communications avec l'extérieur — donc avec les autorités britanniques supérieures — se font nécessairement à travers le territoire de l'Union, qu'il s'agisse de communications par route, par chemin de fer ou par air; qu'il s'agisse du transport des personnes ou des marchandises; des communications postales, télégraphiques ou téléphoniques.

Il résulte des rapports annuels du Gouvernement britannique que toutes ces communications s'effectuent régulièrement et que jamais le Gouvernement de Prétoria n'y a mis obstacle. Et cependant il y a lieu d'observer que l'Union sud-africaine a manifesté à différentes reprises le désir de voir le Basutoland passer sous sa souveraineté. Mais l'Union n'a jamais essayé de profiter des avantages que lui procure sa position territoriale pour exercer une pression sur le Royaume-Uni.

Nous sommes donc en présence d'une enclave importante, qui jouit d'un régime répondant entièrement, au point de vue du droit de transit, aux besoins de son administration par le souverain légal. Et ces besoins — je le répète — dépassent sensiblement en fait ceux de l'administration des enclaves portugaises de l'Inde.

Or sur quoi repose ce régime?

Repose-t-il sur un traité, sur des conventions entre les deux gouvernements intéressés?

En aucune façon. C'est un régime purement coutumier.

Le droit de passage du Royaume-Uni ne se trouve consacré par aucune disposition conventionnelle.

Et le fait même que le Royaume-Uni n'ait pas songé à faire reconnaître explicitement son droit de passage est tout à fait symptomatique.

S'il avait eu le moindre doute à ce sujet, s'il avait pu supposer que l'Union sud-africaine aurait eu le droit, à défaut de consentement explicite, d'user discrétionnairement de sa souveraineté territoriale pour empêcher l'administration du Basutoland, n'est-il pas certain qu'il aurait pris la précaution élémentaire de s'assurer ce consentement en 1909, au moment où l'Union fut constituée dans les conditions déterminées par un acte du Parlement britannique?

Rien n'aurait été plus simple que de s'assurer ce consentement. Or le Gouvernement de Londres n'en a rien fait. Pourquoi? Évidemment parce qu'il était convaincu que c'était inutile, parce qu'il ne pouvait pas s'imaginer que l'enclavement du Basutoland allait donner le droit à l'Union sud-africaine d'empêcher l'administration de ce territoire.

La thèse soutenue dans le présent litige par le Gouvernement indien est en contradiction absolue avec cette conviction. Cette thèse, c'est celle du pouvoir discrétionnaire du souverain territorial en matière de transit, même lorsqu'il s'agit d'un transit indispensable à l'administration du territoire enclavé.

S'il fallait admettre cette thèse, on serait conduit à reconnaître que le droit de transit du Royaume-Uni — contrairement à ce que le Gouvernement de Londres a toujours pensé — n'est pas un véritable droit; que c'est une faveur dépendant de la façon dont l'Union sud-africaine apprécie ses propres intérêts et qui pourrait être supprimée sans qu'il y eût violation d'une norme juridique.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois avoir établi que, contrairement à l'affirmation de la Partie adverse, les cas de la pratique internationale que nous avons cités comme preuve d'une coutume générale sont très loin de reposer sur une base conventionnelle.

Là où certains accords ont été conclus entre les États intéressés, ces accords ne constituent en aucune façon le fondement du droit de passage, mais se bornent à fortifier ce droit par des garanties complémentaires, ou à préciser son fonctionnement. Dans plusieurs cas, d'ailleurs, aucune convention n'existe, la pratique suivie ayant un caractère exclusivement coutumier.

Il me faut encore répondre à d'autres objections de la Partie adverse.

L'une d'elles consiste à dire que les témoignages de la pratique internationale manqueraient d'uniformité, alors que l'uniformité est nécessaire pour donner naissance à une coutume. Cette objection, je crois, n'est pas difficile à réfuter.

Le Gouvernement portugais n'a jamais soutenu que le régime des enclaves serait uniforme. Il ne l'est certainement pas, il ne pourrait pas l'être, parce que les situations géographiques, politiques, économiques, sociales auxquelles il doit s'adapter diffèrent les unes des autres.

Ce que nous disons, c'est que — quelle que soit cette diversité — une règle fondamentale commune s'y retrouve constamment: c'est la règle qui assure à l'État souverain de l'enclave la possibilité d'avoir avec elle les communications nécessaires à l'exercice de sa souveraineté. C'est la règle qui interdit à l'État dont le territoire encercle l'enclave

d'empêcher ces communications en invoquant le caractère discrétionnaire de sa compétence territoriale.

Or, cette règle-là, elle est respectée dans tous les cas. Il est bien évident que son application doit s'adapter aux conditions particulières de chaque situation. Quelles sont les règles qui n'exigent pas une adaptation de ce genre? Quelles sont les règles qui déterminent, d'une manière précise et rigide, les modalités de leur application?

En réalité, nous sommes ainsi ramenés indirectement à une objection que j'ai déjà rencontrée: celle qui fait grief à notre demande de manquer de précision. Je ne reviens plus sur la réfutation que j'en ai faite.

Parmi les exemples dont je me suis servi comme points de comparaison, il y en a deux qui relèvent du droit coutumier: il y a celui de la diligence due et il y a celui de la règle qui a été appliquée par la Cour dans l'*Affaire des Pêcheries*, pour le tracé des lignes de base de la mer territoriale.

Dira-t-on que ces règles peuvent s'appliquer automatiquement? Assurément non. Leur application comporte, au contraire, une marge considérable d'adaptation aux circonstances.

Si on considère la pratique internationale qui les concerne, on est donc loin d'y trouver cette uniformité que le Gouvernement de l'Inde prétend exiger pour l'existence d'une règle coutumière. Prise dans son ensemble, cette pratique accuse au contraire une grande diversité; mais, sous cette diversité, naturelle et inévitable, se révèle un fond commun, une règle directrice qui est la même dans tous les cas. C'est exactement ce qui se vérifie dans la pratique coutumière du régime des enclaves.

Les applications de la règle varient, mais la règle elle-même — celle que nous invoquons — celle dont nous demandons qu'il soit fait application aux enclaves litigieuses —, cette règle-là trouve sa confirmation dans tous les cas que nous avons cités. Et, comme je le disais précédemment, la Partie adverse ne mentionne pas un seul cas où il en serait autrement.

Je dois m'arrêter maintenant à une autre critique: celle qui se rapporte à l'élément psychologique de la coutume, à l'*opinio juris sive necessitatis*. M. le doyen Telles en a déjà parlé à propos de la coutume locale. Je m'abstiendrai de refaire sa démonstration, elle est valable pour la coutume internationale. Qu'il me soit permis, cependant, de rappeler ce qui paraît être, à cet égard, le désaccord des deux Parties.

Nous ne prétendons aucunement, du côté portugais, que l'élément psychologique n'entrerait pas en ligne de compte dans la formation d'une règle coutumière. Nous ne partageons pas l'opinion de certains auteurs pour lesquels la coutume serait fondée uniquement sur la répétition et la généralité d'une certaine attitude extérieure des États. Nous admettons parfaitement que la coutume se distingue du simple usage et que ce qui les distingue, c'est précisément une condition psychologique, celle que les juristes désignent par l'expression *opinio juris sive necessitatis*.

Jusque-là, nous sommes d'accord avec la thèse de l'Inde.

Mais ce que nous ne pouvons pas accepter dans cette thèse, c'est la conception qu'elle se fait de l'*opinio juris sive necessitatis*. Et, tout particulièrement, c'est la conséquence qu'elle en tire en ce qui concerne la preuve qu'il faudrait administrer.

D'après nos estimés contradicteurs, il semble bien que l'État qui invoque une règle coutumière devrait fournir la preuve que, dans les différents cas de la pratique sur lesquels ils s'appuient, les gouvernements en cause ont eu la conviction de se conformer à une règle de droit pré-

existante, en agissant comme ils l'ont fait. Cette façon de comprendre la démonstration du droit coutumier nous paraît tout à fait inadmissible. Elle rendrait d'ailleurs cette démonstration impossible dans la plupart des cas.

De quoi s'agit-il en effet? Il s'agit d'actes accomplis par différents organes de l'État. Or, il est rare que ces organes indiquent expressément les raisons qui les font agir. Cela arrive parfois. Il en est ainsi, par exemple, pour les décisions judiciaires. En pareil cas, les attendus du jugement énoncent les raisons déterminantes du tribunal.

Quand il s'agit d'actes législatifs, le terrain est déjà beaucoup moins sûr. L'exposé des motifs et les travaux préparatoires peuvent servir de guide, jusqu'à un certain point; mais il arrive souvent que les véritables mobiles de l'acte législatif restent inexprimés.

Et, dans les autres cas, le mystère est encore généralement plus opaque. Pour les actes ayant une portée internationale, les organes compétents précisent rarement si, dans leur pensée, les mesures qu'ils prennent sont dictées par des raisons d'opportunité ou par le sentiment d'une nécessité sociale irrésistible.

Je rappelais, il y a un instant, l'*Affaire anglo-norvégienne des Pêcheries*. Dans cette affaire, de très nombreux éléments de la pratique ont été invoqués par les parties, et c'est sur ces éléments que la Cour a dû s'appuyer pour établir l'existence ou la non-existence des règles coutumières qu'on invoquait de part et d'autre. Or, les cas dans lesquels ces éléments comportaient une indication des motifs qui avaient déterminé l'attitude des États intéressés ne représentaient, dans l'ensemble, qu'une infime minorité.

Si on exigeait, dans chaque cas, la preuve directe et positive de l'*opinio juris sive necessitatis*, on aboutirait donc à vider la notion du droit coutumier de la majeure partie de sa substance. Aussi la jurisprudence se contente-t-elle de moyens de preuve beaucoup plus souples et plus indirects.

C'est de l'ensemble des circonstances entourant l'activité de l'État que cette jurisprudence s'inspire, et cela, en faisant preuve d'une grande liberté d'appréciation.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au paragraphe 561 de sa duplique, le Gouvernement de l'Inde mentionne trois arrêts de la Cour, au sujet de sa thèse sur l'*opinio juris sive necessitatis*.

L'un d'eux est l'arrêt du 20 novembre 1950 dans l'*Affaire du Droit d'asile*.

Dans cette affaire, la Colombie invoquait une prétendue coutume régionale et la Cour a estimé que la preuve de cette coutume n'était pas administrée. Mais pour quelles raisons la Cour est-elle arrivée à cette conclusion?

La Cour exigeait-elle du Gouvernement colombien qu'il établisse, pour les différents actes de la pratique sur lesquels il s'appuyait, que ces actes avaient été effectivement déterminés par la conviction d'obéir à une règle de droit? En aucune façon. C'est l'ensemble des circonstances qu'elle a librement appréciées à la lumière du bon sens.

Ce qui l'a amenée à adopter une solution négative — elle l'a dit expressément —, ce sont les « contradictions », les « discordances » qu'elle a relevées dans l'attitude des États américains.

C'est la conviction à laquelle elle est arrivée que le comportement de ces États a été largement influencé par « des considérations d'opportunité politique ».

Et c'est enfin que le Pérou, loin d'avoir adhéré à la règle, l'avait « répudiée » (c'est le terme dont la Cour s'est servie) en refusant de ratifier les conventions auxquelles cette règle avait été incorporée.

Voilà ce qu'expose l'arrêt du 20 novembre 1950 (*C. I. J. Recueil 1950*, pp. 277-278).

Nos estimés contradicteurs citent également l'arrêt de 1952 dans l'*Affaire des Ressortissants des États-Unis au Maroc*.

Mais cet arrêt se borne à rappeler la décision prise dans l'*Affaire du Droit d'asile*, et à faire suivre ce rappel de la constatation que voici :

« En l'espèce, il n'a pas été fourni de preuve suffisante pour permettre à la Cour de conclure qu'un droit à l'exercice d'une juridiction consulaire fondé sur la coutume et l'usage avait été établi de telle manière qu'il soit devenu obligatoire pour le Maroc. » (*C. I. J. Recueil 1952*, p. 200.)

Où voit-on dans cette décision la consécration de la thèse actuellement soutenue par l'Inde? Où voit-on que, pour établir l'existence d'une coutume, il faudrait prouver, d'une manière directe et positive, l'existence de l'*opinio juris sive necessitatis* dans tous les cas de la pratique auxquels on se réfère?

Le Gouvernement indien fait encore état de l'arrêt qui a été rendu en 1927 par la Cour permanente dans l'*Affaire du Lotus*.

La question était de savoir, on s'en souvient, si la Turquie avait compétence pour exercer des poursuites contre le commandant d'un navire français, en raison d'une collision qui s'était produite en haute mer.

Le Gouvernement français soutenait qu'en vertu d'une règle coutumière, l'État du pavillon avait compétence en pareil cas.

La Cour a jugé que l'existence de cette règle n'était pas établie.

Mais encore une fois, il importe de préciser les motifs de cette décision.

La France s'appuyait sur la pratique, et elle soutenait que l'abstention des autres États était, en pareil cas, la règle.

Que répond à cela la Cour?

Elle répond d'abord que cette abstention peut s'interpréter de manières différentes et qu'elle ne prouve aucunement que les États en question ont conscience d'obéir à une nécessité. Mais elle ajoute que la pratique invoquée n'est pas uniforme; que la jurisprudence des tribunaux nationaux est divisée; et que lorsque des poursuites pénales ont eu lieu devant les tribunaux d'un pays autre que celui du pavillon, il ne semble pas que ce dernier s'y soit opposé.

Il est évident que la pratique relative au régime des enclaves se présente dans des conditions toutes différentes de celles qui ont été relevées dans les arrêts que je viens de rappeler.

On n'y trouve ni contradictions, ni discordances. On n'y trouve pas davantage la preuve que l'attitude des gouvernements aurait été déterminée par des considérations d'opportunité politique. On n'y trouve aucun des traits qui ont manifestement influencé les conclusions négatives de la Cour dans les affaires que je viens de rappeler et qui sont les affaires citées par la Partie adverse.

La pratique en matière d'enclaves révèle, au contraire, une constance et une unanimité parfaites, en ce qui concerne le seul droit revendiqué par le Portugal, c'est-à-dire le droit de passer à travers le territoire indien dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves.

Des raisons d'opportunité peuvent expliquer les conditions particulières dans lesquelles ce droit est organisé; mais le principe lui-même est immuable.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je disais tout à l'heure que la preuve de l'élément psychologique se heurte souvent à des difficultés insurmontables, parce que les gouvernements s'abstiennent généralement d'énoncer les mobiles de leur attitude.

Mais la difficulté provient aussi, bien souvent, de ce que ces mobiles ne ressortent pas de la nature de l'acte lui-même, de son caractère intrinsèque.

Prenons un exemple: celui des privilèges fiscaux accordés aux agents diplomatiques. Faut-il les considérer comme un simple usage ou comme une coutume? Si la question se pose, c'est que l'octroi de ces privilèges n'est aucunement indispensable à l'accomplissement de la mission diplomatique. C'est une facilité, c'est un avantage que le souverain local accorde au diplomate, mais qu'il pourrait très bien lui refuser sans l'empêcher de remplir convenablement sa mission.

En pareil cas, le caractère de la mesure laisse place à deux interprétations. Peut-être le gouvernement local a-t-il agi dans la conviction de se conformer à une obligation. Mais il est aussi possible qu'il l'ait fait simplement à titre bénévole. Les deux hypothèses sont plausibles. Aucune d'elles n'est imposée par les faits eux-mêmes et, dès lors, il faut recourir à d'autres moyens pour connaître l'esprit dans lequel le gouvernement a agi.

Mais quand il s'agit du transit nécessaire à l'exercice de la souveraineté de l'État sur une parcelle enclavée de son territoire, la question se présente tout autrement.

Il ne s'agit plus alors d'une simple facilité, d'un simple avantage. C'est une nécessité absolue: sans transit, l'exercice de la souveraineté est radicalement impossible.

Comment prétendre, dans ces conditions, que l'État qui accorde le transit le ferait simplement à titre gracieux?

Le lien logique qui existe entre la reconnaissance de l'enclave et l'obligation de ne pas en interdire l'accès au souverain légal n'a pas besoin d'être consacré par la coutume pour s'imposer à l'esprit du juriste.

Ce lien existe, je crois l'avoir démontré. Les principes fondamentaux de l'ordre juridique l'établissent. La coutume ne fait que le confirmer.

Sans doute, l'État territorial peut-il accorder au souverain de l'enclave des avantages et des facilités qui ne sont pas indispensables à l'exercice de la souveraineté. Quand il le fait, la notion de nécessité n'intervient plus. Et alors, on peut se demander si en accordant ces facilités complémentaires le souverain local croit ou non obéir à un devoir.

Mais aussi longtemps qu'on reste dans les limites nécessaires à l'exercice de la souveraineté, la question ne se pose pas. Elle est réglée par la nature des choses.

Or, là où un principe fondamental impose un devoir aux gouvernements, on ne peut pas expliquer l'application qu'ils font de ce principe par des considérations d'opportunité. Les mesures qu'ils prennent trouvent nécessairement leur explication dans la conscience du devoir qui s'impose à eux. Et l'élément psychologique dont la coutume a besoin pour se distinguer du simple usage se trouve ainsi démontré.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois avoir répondu aux différentes objections qui ont été formulées par le Gouvernement

de l'Inde pour ébranler la force démonstrative de la pratique internationale comme preuve de l'existence d'une règle coutumière.

Mais avant de terminer cet exposé, il me faut aborder l'examen d'une question relative au contenu de cette coutume. La Partie adverse soutient que la coutume n'aurait pas la portée que nous lui attribuons. D'une manière plus précise, elle soutient que cette coutume ne couvrirait pas le passage des forces armées.

Elle affirme même au paragraphe 552 de sa duplique que, dans le seul cas où cette question du passage des forces armées semble s'être posée, elle aurait reçu une réponse négative.

Le cas auquel la duplique se réfère, c'est celui d'une démarche qui aurait été faite par l'Allemagne auprès des Pays-Bas, pendant la première guerre mondiale, afin d'autoriser les troupes allemandes à traverser le territoire néerlandais pour atteindre l'enclave belge de Baerle-Duc.

Le Gouvernement de La Haye, saisi de cette demande, y aurait opposé un refus.

Je commence par déclarer que nous n'avons aucune connaissance de cette prétendue démarche, et que les renseignements que nous avons pris nous permettent même de dire que nos estimés contradicteurs ont été, je crois, induits en erreur. Mais cela n'a pratiquement aucune importance, car il est clair que si le Gouvernement des Pays-Bas avait été saisi de la demande que l'on impute ainsi aux autorités allemandes, il n'aurait pu y répondre, en effet, que par un refus.

En vertu de quel droit l'Allemagne aurait-elle pu envoyer des troupes à Baerle-Duc?

L'Allemagne n'avait aucun droit de souveraineté sur les enclaves belges.

Elle occupait, il est vrai, la plus grande partie du territoire métropolitain de la Belgique; mais l'occupation de guerre ne fait pas acquérir la souveraineté à l'occupant, et les pouvoirs qu'elle lui confère sont d'ailleurs strictement limités au territoire qu'il occupe effectivement.

Faut-il rappeler l'article 42 de la quatrième convention de La Haye de 1907?

« Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé en fait sous l'autorité ennemie. »

L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer. »

Non seulement l'Allemagne ne possédait aucun droit de souveraineté sur le territoire belge, mais les pouvoirs d'occupant qu'elle pouvait exercer ne se sont jamais étendus à l'enclave de Baerle-Duc, pas plus qu'ils ne se sont étendus au Congo, et pas plus qu'ils ne se sont étendus à la partie du territoire métropolitain que les armées allemandes n'ont pas réussi à occuper.

La demande de l'Allemagne n'aurait donc eu aucun fondement. Ce que l'Allemagne aurait demandé, ç'aurait été l'autorisation de violer la neutralité néerlandaise en vue d'occuper l'enclave, en vue de s'emparer d'un territoire ennemi sur lequel elle n'avait aucun droit.

Il est évident que si le Gouvernement allemand avait fait une démarche de ce genre à La Haye, eh bien, le Gouvernement de La Haye n'aurait pu répondre que par un refus catégorique.

La Partie adverse signale qu'une station émettrice de radio avait été installée dans l'enclave de Baerle-Duc et que les émissions de cette radio

étaient destinées non seulement à la population civile belge, mais encore aux services de renseignements alliés. Mais en quoi cette circonstance pouvait-elle modifier la question? La présence de cette station pouvait être la source de certaines difficultés pour les Pays-Bas, en ce qui concerne leurs devoirs de neutralité. Elle pouvait les obliger à prendre dans cet ordre d'idées certaines précautions.

Mais elle ne transformait assurément pas l'enclave de Baerle-Duc en territoire allemand ou en territoire occupé par les armées allemandes.

Baerle-Duc restait un territoire belge sur lequel l'Allemagne n'avait aucun droit de souveraineté ni même aucun droit d'administration en qualité d'occupant.

L'argument qui est énoncé au paragraphe 552 de la duplique repose donc sur une évidente confusion d'idées.

Mais la question du passage des forces armées étant posée avec une insistance particulière par le Gouvernement de l'Inde, il me semble nécessaire de l'exposer dans son ensemble.

[Audience publique du 1^{er} octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans quelle mesure le passage de forces armées est-il compris dans notre demande? Dans la mesure où il est nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

On en revient toujours au même principe: c'est celui qui domine et qui limite l'objet de la demande portugaise en toutes matières.

Il est certain que le droit revendiqué par le Portugal comporte le passage de certains éléments de la force publique. Le maintien de l'ordre intérieur dans les enclaves et le rétablissement de cet ordre, s'il vient à être troublé, ne peuvent évidemment pas se faire sans le concours de la force armée.

Dans cette mesure — mais dans cette mesure seulement — l'Inde ne peut pas s'y opposer.

Dans cette mesure — mais dans cette mesure seulement — un refus de passage de sa part constituerait un acte illicite et donnerait au Portugal le droit de protester.

De quoi s'agit-il en pareil cas? Il s'agit d'une fonction de police; quelle que soit la qualification administrative donnée aux éléments de la force publique qui participent à cette fonction, la fonction elle-même est une fonction de police. Cette fonction, chaque État peut l'organiser comme il veut; il peut le faire au moyen de corps spéciaux auxquels il réserve l'appellation de « police »; il peut le faire aussi par d'autres moyens.

Dans presque tous les pays — et je crois même pouvoir dire dans tous les pays — l'organisation de la police, au sens fonctionnel du mot, est une organisation complexe. Elle comporte l'intervention éventuelle de forces armées qui ne sont pas désignées administrativement sous l'étiquette de « police ». Elle comporte, par exemple, l'intervention éventuelle d'une « gendarmerie », dont la composition, le fonctionnement, les tâches diffèrent de ceux de la police ordinaire — mais qui n'en contribuent pas moins, à côté de cette police ordinaire, à assurer l'ordre intérieur.

Elle comprend aussi l'intervention de l'armée. Car si la fonction principale de l'armée est d'assurer la défense du pays, sa sécurité

extérieure, il est cependant admis que son intervention peut avoir pour objet le maintien de l'ordre intérieur — c'est-à-dire la police, au sens fonctionnel du mot.

Ce qui importe en pareille matière, c'est la fonction elle-même; ce n'est aucunement la qualification administrative des différents éléments qui concourent à l'application de cette fonction.

Cette observation m'a paru nécessaire pour éviter une équivoque possible.

En effet, le Gouvernement indien semble établir une distinction fondamentale entre la police et l'armée. Il semble que, d'après lui, la pratique internationale exclurait le passage des éléments faisant partie de l'armée, sans exclure celui de forces de police.

Cette distinction ne repose sur aucune base.

Au point de vue international, la seule distinction valable est celle qui correspond à la différence des fonctions.

La force publique — au sens large du mot — peut être utilisée pour remplir une mission de police. Elle peut être utilisée également pour la défense du pays, pour la guerre. Et cette distinction-là est certainement valable sur le plan international. Mais les distinctions faites par chaque État entre les différents services qui sont affectés à l'une ou à l'autre de ces deux fonctions sont des distinctions de droit interne, qui n'ont aucune signification sur le plan international.

Or il n'est pas douteux que, si le droit de passage s'applique nécessairement au maintien de l'ordre intérieur, c'est-à-dire à la fonction de police, il ne concerne en aucune façon la défense du territoire dans une guerre contre un État étranger.

Sans doute cette défense est-elle aussi un des attributs de la souveraineté. Seulement, les conditions spéciales dans lesquelles se trouve le territoire enclavé excluent logiquement le passage de troupes qui seraient destinées à une guerre extérieure. Contre qui cette guerre extérieure pourrait-elle avoir lieu? L'enclave, étant isolée dans le territoire d'un autre État, se trouve militairement protégée par ce dernier.

Pour concevoir une utilisation militaire de Dadrá et de Nagar-Aveli dans une guerre extérieure, il faudrait donc imaginer ou bien que le Portugal fût en guerre contre l'Inde elle-même, ou bien que le territoire indien qui encerclé les enclaves fût occupé par un autre État avec lequel le Portugal serait en guerre. Or il est de toute évidence que, dans aucune de ces deux hypothèses, il ne pourrait être question pour le Gouvernement de Lisbonne de faire passer des troupes par le territoire indien, puisque le territoire indien serait un territoire ennemi ou un territoire occupé par l'ennemi.

Le passage des éléments de la force publique — quelle que soit leur appellation — se trouve donc strictement limité aux besoins de l'ordre intérieur, c'est-à-dire à la fonction de police.

C'est un point qui me paraît essentiel.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal est donc limité sans aucun doute possible aux éléments de la force publique chargés de maintenir l'ordre intérieur.

Mais quelles proportions ce passage peut-il prendre en fait? Quelle importance quantitative peut-il pratiquement revêtir?

Cette importance dépend évidemment des besoins de l'ordre intérieur. Et il va de soi que ces besoins varient. Ils dépendent de l'étendue du territoire enclavé, du chiffre de la population, des conditions dans

lesquelles elle vit, etc. Ils dépendent aussi des circonstances, car des événements peuvent se produire qui nécessitent le renforcement du contrôle intérieur.

C'est en tenant compte de tous ces facteurs que l'on peut apprécier ce que représente le passage des forces nécessaires au maintien de l'ordre.

Quelques agents de police et quelques gendarmes suffisent, par exemple, pour administrer de petites enclaves comme Baerle-Duc, Baarle-Nassau, Büsingen et Campione.

Pour les enclaves portugaises de Dadrá et de Nagar-Aveli, les besoins de l'administration dépassent un peu ce niveau, puisqu'il s'agit tout de même de territoires sensiblement plus étendus et dont la population est légèrement supérieure à 40.000 âmes, alors qu'il n'y en a que 1.100 à Büsingen et 550 à Campione.

Mais il faut relever ici que ces besoins sont manifestement sans aucun rapport avec les hypothèses complaisamment envisagées par la Partie adverse.

Au cours des plaidoiries relatives aux exceptions préliminaires, les conseils de l'Inde s'étaient déjà livrés à ce sujet à des spéculations dont nous avons immédiatement signalé le caractère fantaisiste.

Malgré la mise au point que nous avons faite sur-le-champ, elles ont reparu dans le contre-mémoire, au paragraphe 255, et dans la duplique, aux paragraphes 522 et 523.

Voici comment s'exprime, par exemple, le paragraphe 255 du contre-mémoire :

« Le prétendu droit de transit se borne-t-il ... à l'envoi ... de membres individuels des forces armées et de la police ou, tout au plus, d'escouades? Ou bien s'étend-il à l'envoi de pelotons, compagnies, régiments ou corps de troupes et de police tout entiers? Si le transit est également revendiqué pour les forces armées et les forces de police constituées en unités importantes, y a-t-il une limitation au nombre de soldats ou de policiers pouvant ainsi transiter à un moment donné? Les troupes ne doivent-elles avoir que des armes portatives, ou bien le Portugal réclame-t-il le transit pour l'artillerie, les tanks, les véhicules blindés et les munitions? »

Quand on lit ce passage, on ne peut manquer d'en garder l'impression que le maintien de l'ordre, dans les enclaves litigieuses, constituerait une tâche justifiant un déploiement de forces considérable. On nous parle de « régiments », de « corps d'armée », de « tanks », de « véhicules blindés ». On se croirait presque en temps de guerre ou de mobilisation générale.

Je sais bien qu'il s'agit là de simples questions. La Partie adverse n'affirme pas que tout cela est compris dans notre demande. Elle pose simplement une question.

Mais une simple question suffit pour créer une impression, pour faire naître une image inexacte dans l'esprit de l'auditeur ou du lecteur. Or les images qui sont ainsi provoquées n'ont absolument rien de commun avec la réalité. Elles relèvent de la fantasmagorie. Nous sommes au pays des merveilles.

Pour revenir à la réalité, il y a d'ailleurs un moyen très simple : c'est de voir ce qui s'est toujours fait. Car le régime revendiqué par le Portugal — répétons-le une fois de plus — n'est pas un régime nouveau. C'est un

régime qui a fonctionné pendant plus d'un siècle et demi. Nous ne demandons pas à le modifier.

Mais, dit le Gouvernement indien, pouvez-vous affirmer que les données de cette expérience représentent un maximum qui ne sera jamais dépassé? Que le nombre d'hommes n'excédera jamais celui qui a été atteint antérieurement et que le Portugal se contentera toujours des espèces d'armes et d'équipements qui ont été utilisés dans le passé? Cette question est posée au paragraphe 523 du contre-mémoire. Sous la forme qui lui est donnée, elle a certainement un caractère artificiel. Les nécessités de l'administration des enclaves varient. Comment fixer un chiffre qui ne pourrait être dépassé en aucune circonstance, ou des types d'armement auxquels il faudrait nécessairement s'en tenir?

Seulement, si la pratique antérieure ne fournit pas une précision aussi rigide, elle donne en tout cas un ordre de grandeur qui peut être tenu pour certain. Et cet ordre de grandeur n'a rien de commun avec les hypothèses imaginées par le Gouvernement indien.

On semble d'ailleurs oublier une chose du côté de la Partie adverse, et une chose qui est essentielle: c'est que l'Inde n'est aucunement obligée d'accepter telles quelles les demandes de transit qui lui sont présentées par le Portugal. Si elle estime que ces demandes sont abusives, elle peut parfaitement les décliner. Elle contrôle la situation. Elle est en mesure de se protéger effectivement contre toute interprétation abusive du Portugal.

Et si le Portugal estimait, de son côté, que le refus de l'Inde est contraire à son droit de passage, la seule ressource dont il disposerait — comme j'ai déjà eu l'honneur de le signaler —, ce serait d'élever une protestation et de faire valoir ses droits par les procédures que le droit international met à sa disposition.

Il paraît utile de rappeler ici — car il est évidemment d'un poids considérable, d'un poids décisif — ce principe fondamental. Nous ne prétendons pas du tout que l'Inde devrait obtempérer à toutes nos demandes de passage. L'Inde est souveraine sur son territoire, elle exerce la souveraineté. Par conséquent, si à un moment donné elle se trouvait devant une demande de passage qu'elle estime abusive, elle pourrait la décliner. Et si le Portugal estime que l'Inde, par ce refus, méconnaît son obligation, eh bien! le Portugal ne peut pas passer outre, il ne peut pas faire traverser le territoire indien par ses troupes ou par ses fonctionnaires. Il n'a qu'une ressource, comme je le disais, c'est de protester et d'utiliser les procédures que le droit international met à sa disposition pour faire valoir ses droits.

Quand les événements du mois de juillet 1954 se sont produits à Dadrá, l'envoi de renforts aurait été certainement nécessaire pour rétablir la situation, puisque la police locale avait été maîtrisée par les envahisseurs.

Mais on peut tenir pour certain qu'il aurait suffi de renforts peu considérables, puisque les occupants de la petite enclave venaient seulement d'y pénétrer; ils n'avaient pas encore eu le temps de s'organiser; ils n'occupaient même pas l'enclave de Nagar-Aveli, et les armes dont ils disposaient étaient insignifiantes, puisque, si nous en croyons la Partie adverse, ils n'avaient d'autres armes que celles qu'ils venaient d'enlever aux agents de la police portugaise locale.

Il aurait donc suffi à ce moment-là que le Portugal puisse envoyer sur place quelques renforts peu considérables pour être en mesure de rétablir l'ordre.

Mais le Gouvernement indien s'y est opposé. Pourquoi? Parce qu'il a trouvé que le Portugal voulait faire passer un trop grand nombre d'hommes ou un matériel excessif?

Pas le moins du monde. Le Gouvernement indien n'a soulevé aucune objection de ce genre. Il n'a même pas demandé au Portugal quelle importance les renforts devaient avoir.

Il aurait été tout à fait dans son droit en le faisant; et s'il avait jugé la demande excessive, comme je le disais tout à l'heure, il aurait pu refuser de donner suite à cette demande. Mais il n'a même pas posé la question. Il ne s'en est pas préoccupé. Il a refusé catégoriquement, par principe. Il ne s'est pas occupé le moins du monde de la quantité d'hommes, ou de la quantité de munitions, ou de la quantité de matériel dont on voulait le passage.

La réponse qu'il a faite à la demande portugaise le 28 juillet 1954 (annexe 52 de notre mémoire) est d'une parfaite clarté à cet égard. Le Gouvernement de l'Inde refuse tout passage, *parce qu'il ne veut pas prendre parti contre les insurgés*. Il le dit en toutes lettres.

L'importance des renforts n'a donc joué aucun rôle dans sa décision. C'est une question qui n'a influencé en aucune façon le refus de l'Inde. Et cela aussi, me semble-t-il, devait être rappelé.

On dira peut-être que, depuis lors, la situation a changé et que ce qui était vrai au moment où les événements de l'été 1954 se sont produits ne l'est plus aujourd'hui, après cinq ans d'occupation. Cela, c'est une autre question.

Dans son contre-mémoire et dans sa duplique, le Gouvernement de l'Inde expose longuement les effets qui résultent, d'après lui, de la situation actuelle sur l'exercice du droit de passage.

Je me propose de répondre à son argumentation dans une autre partie de ma plaidoirie.

Pour le moment, c'est de l'exercice normal du droit de passage que je m'occupe.

Nos estimés contradicteurs distinguent avec raison les deux aspects du problème.

A supposer, disent-ils, que les revendications du Portugal soient justifiées en temps normal, elles ne le seraient plus dans les circonstances présentes.

Nous examinerons, le moment venu, ce que vaut cette dernière affirmation. Mais ce serait, en effet, une erreur que de ne pas distinguer les deux questions: celle du régime des enclaves en temps normal et celle de leur régime dans les circonstances exceptionnelles de l'heure présente.

Or, pour le temps normal en tout cas, le droit de passage revendiqué par le Portugal ne s'applique certainement qu'à des forces de police en nombre très modeste, comme le prouve une expérience de plus d'un siècle et demi.

C'est tout ce que je voulais établir pour le moment.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si le droit de passage revendiqué par le Portugal trouve sa justification dans les principes inhérents à la structure du droit international et, en même temps, dans la coutume internationale, la confrontation des droits internes relatifs à l'accès aux terrains enclavés fait ressortir l'existence d'un principe général de droit qui vient confirmer les conclusions auxquelles nous sommes arrivés jusqu'ici.

Avec votre permission, ce sera le professeur Lalive qui en fera maintenant la démonstration.

7. PLAIDOIRIE DE M. P. LALIVE D'ÉPINAY
(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 1^{er} ET 2 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 1^{er} octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Je vais avoir l'honneur d'exposer devant vous, avec votre permission, la position du Gouvernement portugais relativement aux principes généraux qui se dégagent de la confrontation des droits internes. Qu'il me soit permis, parlant pour la première fois devant votre haute juridiction, de dire combien je suis sensible à cet honneur.

Le Gouvernement portugais fonde notamment sa demande sur les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, au sens de l'article 38, paragraphe 1, lettre c), du Statut de la Cour.

On sait que le Gouvernement portugais attribue à cette disposition une portée plus large que le Gouvernement indien.

En tous les cas, les Parties sont d'accord sur un point: les principes généraux qui se dégagent de la confrontation des droits internes *sont* des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » au sens du Statut de la Cour.

Le Gouvernement portugais est d'avis que le droit qu'il revendique d'accéder à ses enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli est fondé, comme il l'a indiqué dans sa requête introductive d'instance, sur le principe, déduit des législations internes, qui reconnaît au titulaire d'une terre enclavée le droit d'y accéder.

Il y a là un principe général de droit reconnu par les nations *in foro domestico* — pour reprendre l'expression classique de lord Phillimore —, un principe qui, même à défaut de tout autre titre juridique, suffirait à justifier la présente demande.

Pour établir l'existence de ce principe, il faut évidemment procéder à une étude de droit comparé.

Cette étude, le Gouvernement portugais l'a demandée au professeur Max Rheinstein, l'un des plus éminents spécialistes du droit comparé. Il l'a reproduite dans l'annexe n° 20 à ses observations sur les exceptions préliminaires, avec un addendum qui figure à l'annexe n° 194 de sa réplique.

On est d'accord pour admettre qu'en vue de satisfaire aux exigences de l'article 38 (1) c) du Statut, le juge international n'est pas tenu de prendre en considération tous les droits internes et qu'il lui suffit d'examiner quelques systèmes principaux. On serait même en peine, dit Sörensen, « de trouver dans les plaidoyers des études comparatives englobant la majorité des systèmes législatifs du monde ». (*Les sources du droit international*, p. 130.)

Dans le cas actuel, le Gouvernement portugais s'appuie sur une documentation qui dépasse très largement ces exigences. L'étude du professeur Rheinstein analyse, en effet, avec textes à l'appui, 64 législations internes, comprenant toutes les grandes familles juridiques du monde: législations dites de droit civil (latin ou germanique), *common law*, droits socialistes

des démocraties populaires, droit islamique, droits scandinaves, droits asiatiques.

Comme sa qualité scientifique, le caractère exhaustif de cette enquête ne manque pas de donner un poids tout particulier à ses conclusions.

Ces conclusions, le Gouvernement portugais les a énoncées dans la section III de sa réplique. De ce tableau — que l'on pourrait difficilement imaginer plus complet — il ressort que le droit de passage aux enclaves est expressément reconnu dans 62 législations (dont celle de l'Inde), et qu'il l'est implicitement dans deux autres.

Aucun système de droit interne — écrit le professeur Rheinstejn, I, p. 714 — n'a pu être trouvé dans lequel serait niée l'obligation de permettre l'accès aux terrains enclavés, ou dans lequel on puisse avoir même un simple doute raisonnable quant à l'existence du droit de passage. Et cette reconnaissance universelle est « d'autant plus remarquable — observe-t-il — qu'elle se réalise par des voies diverses ».

En effet, le droit d'accès nécessaire aux enclaves est, dans certains pays, construit comme une servitude foncière; dans d'autres, il est traité comme une conséquence des droits (contractuels ou réels) du titulaire de l'enclave. Ailleurs encore, il est considéré comme une restriction aux droits des propriétaires voisins. Parfois le droit de passage est envisagé comme découlant de la seule existence de l'enclave; parfois il est déduit de la doctrine de l'abus de droit; parfois enfin il est classé dans tel ou tel chapitre du code, sans motifs particuliers.

Dans le même pays, du reste, les justifications de ce droit varient souvent à travers l'histoire; ainsi en droit anglais, où le fondement du droit de passage a été vu successivement dans les exigences du bien commun, dans la nécessité pratique, puis dans la fiction d'un consentement implicite du cédant ou du cessionnaire du terrain.

Quoi qu'il en soit de ces divers procédés techniques de réalisation, de ces diverses idéologies juridiques nationales, partout et toujours le même principe se trouve reconnu, partout et toujours la même exigence de bon sens et de justice se trouve satisfaite par le droit. Nulle part il n'est permis au propriétaire des terrains circonvoisins d'entraver ou d'interdire le passage, et d'étouffer ainsi une enclave, par un exercice égoïste et abusif de ses droits.

L'enquête du professeur Rheinstejn le démontre sans contestation possible; dès qu'il existe une enclave, le droit d'y accéder se voit consacré par la coutume, par la jurisprudence ou par la loi.

Peu importe, encore une fois, la forme sous laquelle ce principe est reconnu. Peu importe que les règles nationales l'expriment en parlant tantôt du droit du titulaire de l'enclave, tantôt de l'obligation du titulaire du terrain enclavant. Peu importe aussi que ces règles contiennent ou non le terme d'enclave (parfois employé d'ailleurs dans un sens peu strict), ou qu'elles définissent cette situation géographique indirectement, par exemple par l'absence de contact avec la voie publique.

Peu importe que certaines législations internes posent en outre des règles spéciales pour le cas de la vente ou du partage et qu'elles prévoient, dans ce cas, une indemnisation, ou qu'elles l'excluent sauf consentement contraire. Peu importe encore que plusieurs pays poussent plus loin la protection juridique et reconnaissent le droit au passage même lorsqu'il existe déjà une issue, mais une issue insuffisante ou incommode.

Ce qui est important et certain, c'est qu'aucun système juridique n'étend la protection moins loin, en concevant par exemple le passage comme une simple tolérance.

Partout — l'étude du professeur Rheinstein l'établit indiscutablement — le même principe est reconnu comme un *droit* pour le titulaire du fonds enclavé, un droit dont ni l'existence ni l'exercice ne supposent le consentement du ou des titulaires du fonds enclavant.

Ce qui est très frappant dans cette étude comparative, ce n'est pas seulement l'universalité de l'adhésion au principe du droit de passage, c'est aussi l'uniformité tout à fait exceptionnelle des législations internes en ce qui concerne ce droit.

Cette remarquable unité de conception est facile à comprendre, s'agissant du principe de bon sens élémentaire, de justice et de nécessité sociale qui veut que celui qui a un droit sur une terre puisse jouir de son droit et l'exercer et, par conséquent, puisse accéder à son enclave.

De cette exceptionnelle uniformité, il résulte que le processus d'abstraction et de généralisation qui est nécessaire à la détermination des principes généraux de droit n'a pas besoin, dans le cas du droit de passage, d'être poussé aussi loin qu'il l'est ordinairement.

Comme le dit mon éminent collègue le professeur Guggenheim :

« Il est d'autant plus aisé de recourir [aux principes généraux de droit] que l'idée législative qui se trouve à leur base n'a pas trouvé d'expression trop variée ni trop divergente dans les différentes sphères juridiques des États civilisés. » (*Recueil des cours de l'Académie*, 1952-1, p. 67.)

Mais il faut le souligner : les différences d'expression, les particularités de forme des diverses règles nationales seraient-elles cent fois plus prononcées que cela n'enlèverait rien à la réalité et à la valeur du principe du droit de passage.

En effet, l'article 38 du Statut n'envisage pas une identité des règles internes ; il se réfère à des principes, et même à des principes généraux. Le Gouvernement portugais a rappelé dans sa réplique (au paragraphe 328) cette distinction élémentaire, que la duplique indienne se borne à trouver « ingénieuse ». Il a montré que, pour la doctrine unanime, la détermination des principes généraux de droit implique un processus d'abstraction et de généralisation, une recherche de l'essence des règles.

Je crois qu'il est superflu d'insister. L'examen comparatif des systèmes juridiques internes révèle, quant au principe du droit de passage nécessaire vers les enclaves, une si exceptionnelle unanimité et une si rare uniformité de vues qu'il est permis de se demander s'il existe un seul exemple plus net, plus incontestable, de « principe général de droit reconnu par les nations civilisées » *in foro domestico*, au sens du Statut de la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement indien conteste-t-il que la confrontation des droits internes fasse ressortir l'existence d'un principe commun en ce qui concerne le droit d'accès aux fonds enclavés ?

Il lui serait difficile de le faire en présence de la consultation du professeur Rheinstein.

Aussi la duplique est-elle obligée d'admettre, dans son paragraphe 569, que « la majorité des États reconnaissent dans leur droit privé » le principe du passage nécessaire. En réalité, il s'agit — nous l'avons vu — non pas de la majorité, mais de l'unanimité des États.

Seulement, l'existence de ce principe général serait, d'après cette même duplique, de peu d'importance dans le cas qui nous occupe.

Pourquoi?

Une première raison a été exposée par sir Frank Soskice dans sa plaidoirie du 27 septembre 1957 (procédure orale). Elle consiste à dire que l'application du principe général se heurterait à une règle établie de droit international, en vertu de laquelle le droit de passage sur le territoire d'un État étranger ne pourrait exister que s'il est fondé sur un accord exprès avec cet État.

Sauf dans le cas des eaux territoriales et dans celui des fleuves internationaux — nous a-t-on répété —, il ne pourrait y avoir de droit de passage que moyennant le consentement explicite de l'État territorial. Ce serait là, d'après le Gouvernement indien, une règle « bien établie » de l'ordre juridique international, et cette règle ferait obstacle à ce que le principe du droit de passage, consacré par les législations internes pour l'accès aux terrains enclavés, fût appliqué sur le plan international.

L'objection, on le voit, ne concerne pas seulement les principes généraux de droit visés à l'article 38, lettre (1), c), du Statut; elle se dresse également contre l'ensemble du droit international général, contre les principes inhérents à la structure fondamentale de ce droit et contre les règles coutumières. Elle tend à écarter tous les titres généraux, tous ceux qui ne comportent pas le consentement explicite de l'État intéressé.

Cette objection a été réfutée par mon éminent maître et collègue, le professeur Bourquin. Il en avait déjà fait justice au cours des débats sur les exceptions préliminaires. Il vient encore de démontrer qu'elle ne résiste pas à l'examen.

Je n'ai donc pas à revenir sur ce point.

Mais le Gouvernement indien s'abrite derrière un deuxième argument pour résister à l'application du principe général universellement reconnu *in foro domestico*.

Il soutient que cette application sur le plan international comporterait une analogie inadmissible avec le droit privé.

C'est là, indiscutablement, l'argument principal qui a été invoqué depuis le début par le Gouvernement indien.

Cet argument se trouve exprimé déjà, de façon très nette, dans les plaidoiries sur les exceptions préliminaires. Je lis par exemple, dans le compte rendu du 27 septembre (procédure orale, p. 87) la déclaration suivante de sir Frank Soskice:

« ... du point de vue du Portugal, dans cette espèce, l'utilité des recherches du professeur Rheinstejn dépend entièrement du point de savoir si l'on peut valablement introduire par analogie, dans le droit international, une règle qui existe dans de nombreux systèmes de droit interne ».

Quels sont, pour le Gouvernement indien, les motifs d'une réponse négative à cette question? Le même orateur observe un peu plus loin:

« on ne peut introduire par analogie, à partir du droit interne, une règle qui serait en contradiction avec les principes de droit international déjà établis ».

Il s'agit ici, en fait, de la même objection que celle dont je parlais il y a un instant; on a vu ce qu'il fallait en penser.

A cette première raison de proscrire toute analogie s'en ajoute aussitôt une seconde: le « contexte » et les « présuppositions » du droit international sont tellement différents de ceux du droit interne qu'il ne peut

y avoir aucune analogie valable entre le droit de souveraineté, d'une part, et le droit de propriété, de l'autre.

Ceci amène sir Frank Soskice à énumérer une série de différences existant entre les États souverains et les propriétaires privés, et à conclure (procédure orale, p. 88):

« Dans ces circonstances, on ne peut manifestement pas introduire la règle de droit interne dans le droit international. »

Le même argument est repris au paragraphe 300 du contre-mémoire indien, où il est question de transposer sur le plan international une servitude de droit privé, et il est maintenu, très succinctement, dans la duplique au paragraphe 568.

Voilà pourquoi, selon le Gouvernement de l'Inde, le principe général de droit universellement reconnu du droit de passage serait inapplicable dans la présente espèce.

Avant d'examiner la valeur de cette argumentation, il convient, je crois, de dissiper une équivoque.

S'agit-il ici, comme le prétend le Gouvernement indien (je cite ses propres expressions), d'« introduire une règle de droit interne dans le droit international »? S'agit-il de « transférer » ou d'« importer » en droit international une règle de droit interne, fût-ce par analogie?

En aucune façon.

Il n'est pas question d'importer en droit international une règle ou un ensemble de règles du droit interne. Il s'agit d'appliquer un principe général de droit.

Comme l'a dit sir Arnold McNair dans son opinion individuelle à l'avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*:

« Quand le droit international puise à cette source [celle de l'article 38, c)], ce n'est pas en important des institutions de droit privé, « en bloc », « toutes faites et complètement équipées » d'un ensemble de règles. Il serait difficile de concilier pareille méthode avec l'application des principes généraux de droit. » (*C. I. J. Recueil 1950*, p. 148.)

Le Portugal partage entièrement cette manière de voir. Il se fonde — faut-il le redire encore? — sur un principe général de droit, et non pas sur une ou sur plusieurs règles de droit interne.

Vu l'erreur où l'on semblait se trouver à ce sujet, de l'autre côté de la barre, le Gouvernement portugais a cru nécessaire de rappeler (au par. 328 de sa réplique) la distinction élémentaire qu'il faut faire entre une règle et un principe général. Or, tout ce que le Gouvernement indien a pu répondre à ce rappel, je l'ai dit, c'est qu'il trouvait cette distinction « ingénieuse ».

De même, la réplique portugaise a très nettement indiqué — sans obtenir davantage de réponse ou de contradiction du côté indien — quel processus d'abstraction et de généralisation permettait seul de dégager les principes généraux de droit reconnus par les nations *in foro domestico*.

Il paraît évident, par conséquent, que le Gouvernement indien fausse totalement le sens de l'article 38, (1), c), du Statut et le mécanisme de son opération lorsqu'il assimile — du reste sans aucun essai de justification — l'application des principes généraux de droit à l'« importation en droit international, par analogie, d'une règle ou d'une institution de droit privé ».

En même temps, il déforme une fois de plus l'argumentation du Gouvernement portugais, car il tente de faire accroire qu'en se fondant sur les principes généraux de droit, le Portugal demanderait à la Cour d'introduire ou de transférer une règle de droit interne dans le domaine international.

Le Portugal ne demande rien de semblable.

Le Portugal sollicite la Cour, dont la mission est de régler « conformément au droit international » les différends qui lui sont soumis, d'appliquer un principe général de droit reconnu par les nations civilisées, au sens de l'article 38 de son Statut ; il ne réclame aucunement l'importation d'une règle de droit privé.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, toute l'argumentation indienne sur l'analogie, échafaudée pour échapper à l'application d'un principe général indiscutable, toute cette argumentation — je crois l'avoir montré tout à l'heure — porte à faux et repose sur une confusion.

On pourrait, sans doute, s'en tenir à cette observation et constater que le Gouvernement indien n'a opposé aucune objection valable à l'application du principe général du droit de passage, principe dont il ne peut pas disputer l'existence.

Mais, pour suivre jusqu'au bout nos estimés contradicteurs sur leur terrain, si éloigné soit-il de la demande portugaise, admettons un instant leur point de départ.

Supposons que le Gouvernement indien, en parlant de « transfert par analogie d'une règle de droit interne », se soit simplement mal exprimé. Admettons qu'il ait voulu viser — par cette description inexacte — le recours aux principes généraux de droit au sens de l'article 38 du Statut. Le recours à ces principes généraux comporte-t-il l'emploi de l'analogie ? Certains l'ont soutenu. Comme l'observe M. Charles De Visscher (*Théories et réalités en droit international public*, p. 444), on a voulu parfois ramener à l'analogie l'application des principes généraux de droit. D'autres auteurs, en revanche, ont catégoriquement nié ce rapprochement.

Quoi qu'il en soit, il est tout à fait inutile de se prononcer ici sur cette controverse doctrinale et ceci pour un motif bien simple : même si l'on admet que le recours aux principes généraux comporte une analogie, l'on doit constater que l'argumentation indienne à cet égard est complètement erronée. Et cela pour plusieurs raisons :

Première raison : le droit de passage n'est pas lié nécessairement à un droit de propriété ;

Deuxième raison : analogie ne veut pas dire identité, mais similarité de relation entre des objets différents ;

Troisième raison : la question qui se pose en l'espèce n'est pas celle d'une éventuelle analogie entre propriété et souveraineté.

Je voudrais, avec la permission de la Cour, examiner successivement ces trois points :

Même en admettant le rôle de l'analogie en cette matière, la thèse indienne n'est pas acceptable, d'abord parce qu'elle est entièrement fondée sur l'affirmation d'une liaison nécessaire entre le droit de passage et le droit de propriété.

Le Gouvernement indien confond ici, une fois de plus, les principes généraux de droit avec les règles internes, avec leurs particularités techniques, avec les formes ou les constructions juridiques diverses qui caractérisent les différents droits nationaux.

Or, la notion de droit de « propriété » est précisément liée, dans de nombreux pays, à la technique et au formalisme du droit interne et, par exemple, à l'organisation d'un registre foncier.

Pour que l'argument indien fût valable, il faudrait que fût démontrée préalablement la nécessaire et indispensable connexité entre le droit de passage et le droit de propriété, au sens technique de ce terme.

Il est évident que le droit de passage nécessaire est reconnu à celui qui a des droits sur l'enclave, parce que ses droits seraient dépourvus de toute réalité et de toute efficacité sans le droit corrélatif d'accéder à l'enclave.

Il est indéniable aussi que ces droits sur l'enclave, en pratique, forment le plus souvent un droit dit de propriété. (Encore faut-il observer que la notion de propriété privée varie passablement de sens selon les pays et, par exemple, selon qu'elle est conçue comme un droit subjectif égoïste, ou comme un droit-devoir, comme une fonction sociale.)

Seulement, s'il est très souvent propriétaire, le bénéficiaire du droit de passage ne l'est pas nécessairement et toujours. Une preuve en est, par exemple, que le droit de passage nécessaire est consacré (l'étude du professeur Rheinstein le montre) dans les pays dits socialistes comme dans les pays dits capitalistes. Or, la terre n'étant pas l'objet, dans les premiers pays, d'un droit de propriété au sens des seconds, il s'ensuit que le droit de passage ne peut pas y être lié à la notion de droit de propriété.

Il serait facile de montrer aussi que le droit de passage nécessaire est accordé au possesseur, en tant que tel, dans divers droits et, en particulier, en *common law*, ou encore qu'il est accordé à l'usufruitier, au locataire même, bref aux personnes qui ont certains droits d'usage ou de jouissance sur la terre enclavée. Mais tout cela est vraiment sans intérêt pour le présent litige.

En effet, je l'ai montré en commençant cet exposé, peu importent les formes ou les constructions techniques sous lesquelles se présente le principe du droit de passage.

A fortiori, peu importent les diverses formes sous lesquelles se présente, non pas ce droit de passage lui-même, mais un autre droit, plus ou moins lié au droit de passage, c'est-à-dire le droit de propriété, de possession, etc., du titulaire de l'enclave.

Le droit de passage ne découle pas de la forme ou de la qualification juridique des prérogatives que possède son titulaire à l'égard de l'enclave. Il découle de l'existence d'une situation géographique et d'une nécessité sociale; il résulte du caractère nécessaire de l'accès à l'enclave pour que les droits sur cette enclave, quelle que soit leur forme, puissent être exercés.

Telle est la première raison pour laquelle la thèse du Gouvernement indien sur l'analogie me paraît dénuée de toute pertinence.

Deux autres raisons, plus décisives encore, ont été exposées déjà par le Gouvernement portugais dans sa réplique aux paragraphes 330 et 331.

Un fait significatif doit être enregistré à ce propos, c'est que le Gouvernement indien n'a rien répondu à ce sujet.

Qu'on lise, pour s'en convaincre, la duplique au paragraphe 568 — le seul paragraphe qui touche à l'argument principal du Gouvernement indien, c'est-à-dire à l'analogie. C'est en vain qu'on y cherchera un début de réfutation des raisons indiquées dans la réplique portugaise.

Le Gouvernement indien se borne à y reprocher vaguement au Gouvernement portugais d'imaginaires changements d'attitude, et à réaffirmer purement et simplement sa thèse selon laquelle la demande du Portugal:

« doit nécessairement se fonder sur une analogie entièrement fautive entre la propriété privée et la souveraineté ».

Après cette affirmation vient une longue phrase, assez embarrassée, sur la position du droit international relativement aux limites à l'exercice de la compétence territoriale. Enfin, le Gouvernement indien conclut :

« Manifestement, ceci n'a rien de commun avec les droits de jouissance et d'aliénation qui sont les éléments constitutifs de la propriété privée. »

Telle est la réponse de la duplique aux critiques portugaises.

La Cour voudra bien me permettre, malgré cette carence, de rappeler, dans ma prochaine intervention, quelles sont ces critiques.

[Audience publique du 2 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à la fin de l'audience d'hier, j'ai indiqué la première raison pour laquelle l'argumentation indienne sur l'analogie me paraissait inacceptable. Cette argumentation, en effet, est fondée sur une prétendue liaison nécessaire entre le droit de passage et le droit de propriété.

Mais la thèse indienne est inadmissible encore pour d'autres raisons que nous avons déjà exposées dans notre réplique.

Bien que le Gouvernement de l'Inde, dans sa duplique, ait jugé préférable de ne pas discuter ces raisons, je voudrais me permettre de les rappeler ici.

Le Gouvernement portugais a fait observer au paragraphe 330 de sa réplique que le Gouvernement indien semblait se méprendre sur la signification du procédé analogique.

Analogie ne signifie pas identité. Analogie signifie, selon le mot de Kant, une similarité de relation entre des objets tout à fait dissemblables. D'autres auteurs — logiciens, savants ou juristes — expriment la même idée. Ils admettent, par exemple, que deux situations, ou deux objets, peuvent être parfaitement analogues sans qu'une seule de leurs qualités particulières soit identique ou semblable.

Qu'on lise à ce sujet l'ouvrage classique: *Private Law Sources and Analogies in International Law*, de M. le Juge Lauterpacht (p. 83):

« *The analogia proportionis is of decisive importance, not the external similarity of the attributes of the objects or the subjects of the legal relation.* »

c'est-à-dire:

« L'analogie de proportion — ou de relation — est d'importance décisive, et non pas la similitude extérieure des attributs des objets ou des sujets du rapport juridique. »

Peu importe donc la liste des différences qu'énumère le Gouvernement indien entre les attributs des *sujets* du rapport juridique, soit le « propriétaire » de l'enclave en droit interne, et le « souverain » de l'enclave en droit international.

Peu importe aussi que, dans la doctrine à laquelle se rattache le Gouvernement indien, le territoire de l'État soit considéré comme un espace plutôt que comme l'objet du droit de souveraineté, ou que

comme une sphère de compétence, tandis qu'en droit interne la terre serait considérée, par exemple, comme l'objet d'un droit de propriété.

Ces constructions juridiques quant à l'*objet* du rapport de droit ne sont en rien concluantes pour trancher de l'existence d'une analogie.

Même s'il s'agissait vraiment, par conséquent, de comparer « propriété » et « souveraineté » — comme on voudrait nous le faire croire, à force de répétitions —, même dans cette hypothèse, dis-je, il resterait à démontrer que le recours à l'analogie, correctement appliqué, justifie l'objection soulevée par le Gouvernement indien. Or c'est ce que ledit Gouvernement ne démontre nulle part.

Il n'est pas sûr, au demeurant, que cette démonstration serait facile à fournir. Selon l'ouvrage que je viens de citer, en effet, les deux notions de « souveraineté territoriale » et de « propriété privée » seraient (p. 95) :

« essentially analogous on account of the exclusiveness of enjoyment and disposition which is in law the main formal characteristic of both private property and territorial sovereignty ».

c'est-à-dire :

« [ces deux notions] sont essentiellement analogues en raison du caractère exclusif du droit de jouissance et d'aliénation qui constitue, pour toutes les deux, leur trait distinctif formel principal ».

Quoi qu'il en soit de cette analogie, la troisième critique que l'on doit faire à l'argumentation indienne est encore plus déterminante, si c'est possible, que les précédentes : c'est celle qui est contenue au paragraphe 331 de la réplique portugaise.

Le vice fondamental de l'argumentation indienne, en effet, tient à ce qu'elle pose — et qu'elle répond à — une fausse question, et qu'elle nous entraîne ainsi à côté de l'objet du débat.

Quelle est la question qui se pose (toujours en admettant, je le répète — pour suivre le Gouvernement indien sur son terrain —, que l'application des principes généraux de droit se ramène réellement au procédé analogique) ?

La question n'est pas de savoir si l'analogie « propriété-souveraineté » est admissible. La réplique le marque nettement. Ce n'est pas non plus celle de savoir si le propriétaire du fonds enclavé est semblable ou non au souverain de l'enclave, ni si le propriétaire des terrains avoisinants peut se comparer ou non à l'État dont le territoire entoure l'enclave étrangère.

En effet, sur quoi porte le présent litige ? Sur le problème du passage nécessaire, de l'accès aux enclaves. Le litige ne porte pas sur les qualités du titulaire de l'enclave, c'est-à-dire sur la souveraineté du Portugal sur Dadrá et Nagar-Aveli, pas plus qu'il n'est lié nécessairement, en droit interne, à l'examen des qualités du titulaire de l'enclave, propriétaire, possesseur ou autre.

Or, du point de vue du passage, quelle est, en droit interne, la question étudiée par le professeur Rheinsteiner ? C'est celle de savoir si, de l'existence d'une certaine situation géographique et sociale, c'est-à-dire d'une enclave, découle un droit d'accès nécessaire.

De ce même point de vue — celui du passage — quelle est, en droit international cette fois, la donnée du problème ? Cette donnée est exactement la même, comme le montre la question soumise à la Cour ; dans cette même situation, c'est-à-dire lorsqu'il existe une enclave, y a-t-il

un droit de passage nécessaire, comme le prétend le Gouvernement portugais?

Entre la relation existant, en droit interne, entre les deux sujets de droit placés dans cette situation, d'une part, et la relation qui existe, en droit international, entre les deux sujets de droit placés dans cette même situation, d'autre part, l'analogie est frappante et incontestable.

Cette conclusion n'a rien à voir — est-il besoin de le répéter? — avec la question d'une éventuelle analogie entre « propriété » et « souveraineté », question que le Gouvernement indien persiste à placer à la base de son argumentation.

En choisissant ainsi de façon erronée les termes mêmes de sa comparaison, le Gouvernement indien fausse à l'évidence le mécanisme de l'analogie, tout comme il a faussé déjà celui de l'article 38, (1), c), du Statut de la Cour.

Toute son argumentation — je crois l'avoir démontré — porte à faux, parce qu'elle est fondée sur une série de confusions, superposées et imbriquées les unes dans les autres.

Dans ces conditions, on ne s'étonnera pas que le Gouvernement indien se soit montré, dans sa duplique, extrêmement discret sur toute cette question.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il me paraît impossible de contester que le Gouvernement indien dénature complètement la question qui nous occupe en la résumant par la formule: « Y a-t-il analogie entre propriété et souveraineté »?

Partant de ce postulat, le Gouvernement indien n'a plus qu'à accumuler les exemples de différences de « contexte et présuppositions » — selon ses termes — entre le domaine interne et le domaine international, entre un propriétaire privé et un État souverain. Il est désormais sûr de parvenir à la conclusion négative qu'il désire, il est désormais sûr d'y parvenir moyennant, il est vrai, une interprétation très personnelle du procédé analogique.

On s'explique dès lors fort bien l'insistance mise par le Gouvernement indien — dans ses plaidoiries sur les exceptions préliminaires — à énumérer les diverses différences existant entre propriétaire et État souverain, différences que, dit-il lui-même, « l'on pourrait presque multiplier à l'infini ».

Ceci nous vaut une évocation très vivante du sort modeste et éphémère du petit propriétaire terrien, en contraste avec le rôle grandiose et l'autorité suprême de l'État, « véritable propriétaire de la terre ».

Chacun connaît les nombreuses différences qui distinguent le propriétaire privé de l'État souverain. Mais en quoi nous intéressent-elles? En quoi sont-elles relevantes? En quoi, je le demande, un petit cours d'histoire de la propriété féodale peut-il bien contribuer à éclairer le présent débat? La réponse n'est pas douteuse: il ne peut servir qu'à l'obscurcir.

Je voudrais souligner, à ce propos — et sans revenir sur mes observations précédentes relatives à la conception indienne de l'analogie —, à quels artifices de raisonnement nos distingués contradicteurs finissent par se laisser entraîner.

Je me contenterai d'en citer deux exemples significatifs, ce qui me permettra de réfuter en passant, pour achever ma critique, quelques arguments accessoires du Gouvernement indien.

Et je rappellerai simplement pour mémoire que, de toute façon, la validité de ces arguments accessoires, comme celle de l'argument

principal, est entièrement subordonnée à la preuve que la demande du Portugal impliquerait vraiment un recours à l'analogie de droit interne telle que la conçoit le Gouvernement indien.

Le premier exemple est le suivant :

Une différence fondamentale entre l'ordre interne et l'ordre international est, nous dit-on, l'existence dans le premier d'un *pouvoir législatif* capable d'imposer aux individus la modification ou l'annulation de leurs droits. (Je me réfère ici au compte rendu du 27 septembre 1957, procédure orale, p. 88.)

Dans l'ordre international, au contraire, « la compétence d'un État dans ses propres territoires ne peut être limitée que par accord ». Il en résulterait « qu'il est impossible de considérer les règles internes du droit de passage comme ayant une analogie pertinente en droit international ».

Que vaut cet argument ?

Le droit de passage nécessaire aux enclaves ne dépend nullement de l'existence d'un pouvoir législatif. C'est jouer sur les mots que de tirer argument des termes du professeur Rheinstejn : « les codes civils *imposent* » l'obligation de permettre le passage ! Que cette obligation soit consacrée par la loi, par la coutume ou par la jurisprudence n'a évidemment pas la moindre importance quant à l'existence du principe universellement reconnu par l'une ou l'autre de ces sources de droit.

Il n'est pas moins évident, en outre, que, tout comme les ordres juridiques internes, l'ordre juridique international « impose » aux sujets de droit des limitations dans leurs droits et dans l'exercice de ceux-ci, malgré l'absence d'un pouvoir législatif international.

Il est à peine besoin d'ajouter, enfin, que si l'existence du pouvoir législatif en droit interne était vraiment une différence pertinente en matière d'analogie, il serait radicalement impossible d'appliquer jamais en droit international un seul *principe général de droit reconnu* « *in foro domestico* » (ceci à supposer toujours que le recours à ces principes généraux implique, je le répète, une analogie). Et que devient alors l'article 38, (1), c), du Statut de la Cour ?

Le deuxième exemple n'est pas moins révélateur, me semble-t-il, de la faiblesse de la thèse du Gouvernement indien.

Le principe général du droit de passage ne pourrait pas être « transporté par analogie » dans le domaine international, parce que (je cite le même compte rendu, procédure orale, p. 89) :

« ... les règles internes présupposent l'existence ... des voies publiques ».

Le droit de passage ne serait alors qu'une « extension spéciale [en faveur du propriétaire de l'enclave] du droit possédé par tous les citoyens sur les voies publiques ».

Deux brèves observations suffiront, je crois, à démontrer le caractère tout à fait artificiel d'une telle construction.

Première observation : La notion même d'enclave présuppose, en droit interne, l'absence de contact direct soit avec la voie publique, soit avec une autre terre relevant du même titulaire que l'enclave ; d'où la nécessité du passage sur les parcelles voisines.

Il est donc à la fois spécieux, et contraire à la simple réalité, de déduire de ceci qu'il ne pourrait pas y avoir de droit de passage là où il n'y a pas de voie publique.

Si une terre a une issue sur la voie publique, le problème du droit de passage ne se pose évidemment plus; il n'y a alors pas d'enclave au sens strict du terme, bien que ce terme soit parfois employé, on le sait, dans un sens plus large.

De même, en droit international, si une terre a une issue sur la mer, il n'y a alors pas d'enclave à proprement parler — M. le professeur Bourquin l'a indiqué déjà — et le problème qui nous occupe, celui du passage, ne se pose pas.

Deuxième observation : On a peine à comprendre pourquoi, si le droit de passage à l'enclave n'était vraiment qu'une « extension » du droit des citoyens sur la voie publique, un seul de ces citoyens, égaux devant la loi, en recevrait le bénéfice, un seul de ces citoyens aurait le droit de prolonger, par exemple, sa promenade dominicale jusqu'aux limites de l'enclave!

Mais il est inutile, je crois, d'insister sur cette théorie de l'« extension spéciale », qui mélange curieusement des notions de droit public et des notions de droit privé, pour les besoins de la cause.

Faisant véritablement flèche de tout bois, le Gouvernement indien a cru devoir encore ajouter à ces arguments-là ce qu'il appelle une « caractéristique supplémentaire », propre au droit interne, qui ferait obstacle à l'application en l'espèce du principe général de droit relatif au passage.

Selon cette « caractéristique supplémentaire », le droit de passage ne serait reconnu, dans beaucoup de législations internes, qu'en l'absence d'arrangements contraires entre les parties.

Cette étrange affirmation est même attribuée au professeur Rheinstejn. On peut lire en effet dans le compte rendu du 27 septembre 1957 (procédure orale, p. 89) :

« Le professeur Rheinstejn indique que de nombreux codes de pays de droit civil permettent l'imposition d'un droit de passage sur la terre qui entoure l'enclave si « on ne s'est pas mis d'accord sur des « arrangements contraires dans la transaction ». Ce sont là — poursuit l'orateur — les termes du professeur Rheinstejn. »

Mais on prête ainsi au professeur Rheinstejn une opinion qu'il n'a jamais exprimée. Le texte visé se trouve à la page 715, I, de l'annexe n° 20 aux observations portugaises, où l'auteur, parlant des pays de droit civil, écrit (je le cite intégralement) :

« On trouve souvent une disposition complémentaire aux termes de laquelle le passage peut être réclamé sans paiement d'indemnité si le défaut d'accès à la voie publique résulte, pour une parcelle, du partage d'un domaine plus étendu et si aucun arrangement contraire n'a été convenu lors de l'opération. Un exemple typique dans ce sens est fourni par l'article 567 du Code civil espagnol... »

Cet article 567 est ainsi conçu (je traduis) :

« Lorsqu'un terrain, acquis par une vente, un échange ou un partage, devient une enclave parmi les terres du vendeur, de l'échangeur ou de l'ancien co-propriétaire, ces personnes sont tenues de permettre le passage sans indemnité, sauf convention contraire. »

Le sens de ce texte, comme celui de son commentaire par le professeur Rheinstejn, ne fait aucun doute: les mots « sauf convention contraire »

se rapportent aux termes « sans indemnité », termes qui les précèdent immédiatement.

La disposition complémentaire qui, dans certains codes civils, vise la vente ou le partage, se borne ainsi à poser, pour ce cas, une présomption de renonciation à toute indemnité. La règle spéciale indique qu'une compensation n'est pas due au vendeur, sauf arrangement contraire.

Cette question — est-il besoin de le dire? — ne touche en rien à l'existence du droit de passage.

Ce même argument trouverait en outre une confirmation, a-t-il été prétendu, dans une phrase du professeur américain Powell (citée à la page 719, I, de l'étude de M. Rheinstein); cette phrase est relative à la doctrine anglaise (née, semble-t-il, au XVIII^{me} siècle) qui justifie le droit de passage nécessaire aux enclaves par la théorie du consentement tacite, au moins dans le cas de la vente.

Cette construction qui, selon Powell lui-même, est « une pure et simple fiction », explique facilement que cette doctrine doive envisager aussi, en bonne logique, l'hypothèse d'un consentement contraire, « manifesté irréfutablement », hypothèse purement théorique, cela va de soi, dont la mention par Powell n'est guère qu'une clause de style.

Imagine-t-on un seul instant, en effet, que l'acquéreur d'une enclave manifeste d'une manière inéluctable sa fantaisie de *ne pas avoir* le droit d'accéder à son enclave? L'hypothèse serait absurde.

En résumé, la notion de renonciation conventionnelle au droit de passage ne joue nulle part un rôle quelconque quant à la réalité du principe qui est déduit de la simple existence de l'enclave, même dans les pays de « *common law* », comme le reconnaît du reste sir Frank Soskice.

L'objection tirée d'un prétendu « accord contraire des parties », en droit interne, ne vaut pas mieux, on le voit, que les précédentes objections indiennes fondées sur la présence d'un pouvoir législatif ou sur l'existence d'une voie publique.

Ce que j'ai appelé les arguments accessoires du Gouvernement indien, je pense l'avoir établi, ne résiste pas davantage à l'examen que ses arguments principaux.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ayant ainsi répondu, me semble-t-il, à chacun des multiples arguments soulevés par le Gouvernement indien, j'en arrive à ma conclusion.

La position du Gouvernement portugais est claire et simple.

Le Gouvernement portugais se fonde sur l'article 38, (r), c), du Statut de la Cour, en tant qu'il se réfère aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées *in foro domestico*.

Il a démontré, à l'aide d'une étude comparative approfondie des législations internes (de 64 pays), que le principe du droit de passage nécessaire aux enclaves est l'objet d'une reconnaissance véritablement universelle, dépassant de beaucoup les exigences du Statut de la Cour.

Le Gouvernement indien n'a pas pu contester cette conclusion.

Pour échapper aux conséquences naturelles qui en découlent, il a présenté toute une série d'arguments, les uns à titre principal, les autres à titre secondaire.

Ramenée à l'essentiel, sa thèse repose sur une affirmation: celle que la Cour ne pourrait pas appliquer le principe général de droit ressortant de la confrontation des droits internes sans accepter par là (ce sont les termes même de sa duplique):

« une analogie entièrement fautive entre la propriété privée et la souveraineté ».

Mais, comme je crois l'avoir démontré, cette affirmation repose sur de multiples confusions.

Assimilant le recours aux principes généraux de droit à l'emploi de l'analogie, le Gouvernement indien a tenté de nous persuader que le Portugal, en se fondant sur ces principes généraux, demandait à la Cour

« d'introduire une règle de droit privé dans le droit international par analogie ».

Cette « règle », il l'a décrite alors comme inséparablement liée à certains de ses aspects secondaires, à des particularités techniques ou des fictions juridiques du droit interne, comme le droit de propriété, l'existence d'une voie publique ou l'absence d'un accord contraire dans le contrat de vente.

Le vice fondamental de toute cette construction est qu'elle repose, de l'aveu même du Gouvernement indien, sur le postulat suivant : le Gouvernement portugais se fonderait sur l'analogie « propriété — souveraineté ».

Toute l'argumentation indienne est ainsi axée, si je puis dire, sur un faux problème.

Il était aisé, en outre, de montrer que, même en suivant le Gouvernement indien là où il cherche à nous entraîner, ses prémisses ne justifiaient aucunement ses conclusions, à cause, notamment, de sa conception étroite et manifestement erronée de l'analogie.

Que reste-t-il, dans ces conditions, je me le demande, des arguments et objections que le Gouvernement indien a opposés à la thèse portugaise sur les principes généraux de droit ?

L'existence d'un principe général de droit universellement reconnu étant établie, il aurait appartenu au Gouvernement indien de justifier des raisons pour lesquelles, selon lui, ce principe ne pourrait cependant pas être appliqué dans la présente espèce.

Or, aucune des multiples raisons qu'il a avancées à cet effet dans la procédure n'a résisté à l'épreuve de la discussion.

On a même l'impression, à relire la duplique, que le Gouvernement indien ne laisse pas d'en prendre lui-même conscience.

Il me paraît donc superflu, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de prolonger cet exposé. Mais je ne puis passer sous silence une dernière affirmation qui figure au paragraphe 569 de la duplique indienne.

Pour le Gouvernement indien, l'existence du principe général de droit qui se dégage de la concordance des législations internes serait « de peu d'importance ». Elle serait de peu d'importance parce que :

« On ne peut pas démontrer — certainement pas en se référant exclusivement aux sources auxiliaires du droit autorisées par l'article 38 du Statut — qu'une telle règle existe à l'égard du passage entre un État et une enclave relevant de la même souveraineté. Il n'y a pas un seul auteur ni une seule décision de justice qui vienne à l'appui de cette prétendue règle, et en conséquence, la thèse portugaise semble être une invention du Portugal, pour les besoins de la cause. »

Si je comprends bien cette observation, elle signifie que, pour être appliqués par la Cour, les « principes généraux de droit reconnus par les

nations civilisées » devraient encore être confirmés par les sources auxiliaires mentionnées à l'article 38, (1), *d*), c'est-à-dire par la doctrine et la jurisprudence.

Cette thèse ne trouve aucun support dans le Statut.

L'article 38 (1) du Statut énumère trois catégories de normes dont la Cour doit faire application — les principes généraux de droit constituant l'une de ces catégories. Quant à la doctrine et à la jurisprudence, elles sont mentionnées comme « un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », mais sans que leur concours soit aucunement nécessaire pour que la Cour applique les règles en question, pas plus les principes généraux de droit que les règles conventionnelles ou que les règles coutumières.

« Il n'y a pas — continue la duplique — un seul auteur, ni une seule décision de justice qui vienne à l'appui de la règle du droit de passage invoquée par le Portugal. »

Faut-il être surpris de ce silence? Non seulement l'existence d'enclaves est aujourd'hui une situation exceptionnelle, mais, comme le disait dans sa plaidoirie du 3 octobre 1957 M. le professeur Bourquin (procédure orale, page 183):

« Il est exceptionnel qu'un État prenne l'attitude que l'Union indienne a prise récemment vis-à-vis du Portugal et rende impossible l'exercice de la souveraineté sur des parcelles enclavées. »

Au demeurant, si la doctrine s'est longtemps abstenue de porter son attention sur le problème qui nous occupe, l'action du Gouvernement indien à l'égard des enclaves portugaises aura eu du moins ce mérite d'éveiller son intérêt, et il n'est plus exact de dire que la règle du droit de passage aux enclaves n'est soutenue par aucun auteur.

Deux auteurs, à ma connaissance, ont évoqué récemment la question. L'un est M. d'Olivier Farran, dans le volume 4 de *l'International and Comparative Law Quarterly*, 1955 (p. 294), qui se prononce catégoriquement en faveur de l'existence de ce droit en droit international.

Le second n'est autre qu'un des auteurs cités par le Gouvernement indien pour leurs études sur les servitudes internationales: il s'agit de F. A. Vali, dont l'ouvrage vient de connaître une deuxième édition après vingt-cinq ans.

Malheureusement pour la thèse du Gouvernement indien, si cet auteur mentionne (à la p. 303 de sa deuxième édition) le droit de passage nécessaire aux enclaves, c'est pour déclarer qu'il s'agit d'une *coutume générale* de droit international, qui n'a rien à voir, selon lui, avec les servitudes internationales.

D'ailleurs, comme M. le professeur Bourquin l'a fait observer, le principe général de droit qui se dégage de la similitude des droits internes trouve un appui beaucoup plus important et beaucoup plus décisif que celui de la doctrine: c'est l'appui de la coutume générale et c'est celui des principes fondamentaux qui sont inhérents à la structure du droit international.

La conformité des droits internes à l'égard du droit d'accès aux fonds enclavés ne fait donc que corroborer un principe fermement établi par d'autres normes indiscutables du droit des gens.

Cette concordance n'est-elle pas démonstrative? Elle prouve — n'est-il pas vrai? — que nous sommes devant une vérité de bon sens, que les nécessités de la vie sociale et le sens de la justice imposent sans hésitation.

Monsieur le Président, je remercie la Cour de son attention. Avec votre permission, M. le professeur Bourquin reprendra maintenant la parole pour poursuivre son exposé.

8. PLAIDOIRIE DE M. M. BOURQUIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 2, 3, 5 ET 6 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 2 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

La requête par laquelle vous avez été saisis du présent litige vous demande d'abord de reconnaître l'existence du droit de passage revendiqué par le Portugal. Ce droit, je pense pouvoir dire que nous l'avons pleinement établi, mais nous vous prions également de constater que l'Union indienne ne s'est pas conformée aux obligations qui en résultent pour elle et qu'elle continue à les méconnaître. C'est à cet autre aspect du différend que je voudrais m'attacher maintenant.

L'exposé qui a été présenté à la barre par M. le doyen Telles simplifie ma tâche puisqu'il a déjà mis en lumière le déroulement des faits que nous invoquons. Il me suffira de reprendre certains points particulièrement significatifs en me référant pour le surplus à sa plaidoirie.

Ce qui est à l'origine du litige, c'est incontestablement la volonté de l'Inde d'évincer le Portugal de ses territoires de l'Hindoustan et de les incorporer à son propre domaine. La politique annexionniste de l'Inde — car on ne peut pas l'appeler autrement, quelles que soient les explications qu'on en donne —, cette politique annexionniste constitue indiscutablement la clé du différend.

Les intentions de l'Inde à l'égard des territoires portugais n'ont absolument rien de mystérieux, elles ont été affirmées à de nombreuses reprises dans les termes les plus catégoriques; elles l'ont été notamment dans des communications officielles adressées au Portugal lui-même par la voie diplomatique. Le 27 février 1950, un aide-mémoire présenté par la légation de l'Inde au ministère des Affaires étrangères du Portugal demandait au Gouvernement de Lisbonne d'accepter le principe de la cession de ses territoires de l'Hindoustan, et proposait l'ouverture de négociations pour régler les conditions de cette cession, le principe de la cession devant être acquis au point de départ (annexe 48 de notre mémoire).

Le Gouvernement portugais ayant répondu qu'il lui était impossible d'entrer dans ces vues, le Gouvernement indien revient à la charge en 1953, et cette fois sur un ton plus comminatoire. Sa note du 14 janvier 1953 (annexe 31 du mémoire) exprime encore l'espoir que des négociations pourront avoir lieu sur la base d'une cession. Mais le Gouvernement portugais ayant fait comprendre que cet espoir était absolument vain, l'Inde décide de fermer sa légation à Lisbonne en déclarant que dans ces conditions cette légation n'avait plus de raison d'être (annexe 32 du mémoire), et le 11 juin, la légation indienne est fermée (annexe 34 du mémoire).

Cette mesure me paraît tout à fait symptomatique. Elle prouve le degré de tension où en était l'attitude du Gouvernement indien à l'égard du Portugal. « Vous ne voulez pas nous céder vos territoires,

eh bien dans ces conditions nous fermons notre légation, elle n'a plus à nos yeux de raison d'être. »

Voilà donc une attitude extrêmement nette.

Or, que constatons-nous? Nous constatons que le revirement qui s'est opéré dans la politique indienne à l'égard du transit entre Damão et les enclaves est consécutif à cet événement.

Les mesures de restriction et de prohibition qui vont se multiplier sont postérieures à la fermeture de la légation de l'Inde à Lisbonne.

Et d'ailleurs, le Gouvernement de l'Inde ne cache pas du tout le lien qui existe entre elles. Il le souligne même au paragraphe 417 de sa duplique.

« Le Gouvernement de l'Inde — dit-il — a entretenu d'abord des relations amicales avec le Gouvernement portugais, espérant que le Portugal adopterait une attitude raisonnable au sujet de ses territoires indiens. »

Une attitude raisonnable, cela veut dire : accepterait de les abandonner!

« Plus tard, quand les autorités portugaises ont adopté une attitude différente, le Gouvernement de l'Inde a été obligé de s'en tenir strictement à ses droits juridiques en matière de transit entre Damão et les enclaves. »

C'est évidemment reconnaître que le changement qui s'est produit dans l'attitude de l'Inde à l'égard du transit entre Damão et les enclaves a été déterminé par le refus du Portugal de renoncer à ses territoires de l'Inde.

Jusque-là, le Gouvernement portugais n'avait pas eu à se plaindre des conditions dans lesquelles le transit s'effectuait. L'Union indienne avait suivi l'exemple de ses prédécesseurs. Elle avait même fait preuve d'une bonne volonté dont nous n'avons qu'à nous louer.

Mais à partir des derniers mois de 1953, le changement se produit. Une série de mesures vont être prises, dont l'effet sera d'entraver les communications du Portugal avec les enclaves. Le transit va devenir de plus en plus compliqué, de plus en plus difficile. Pour certaines matières il y aura des interdictions de principe. Pour d'autres, on se contentera d'élever des obstacles. Mais la tendance générale est manifeste et ne fait que s'accroître.

Dans le communiqué de presse qu'il a publié le 22 juillet 1954 et que nous avons reproduit à l'annexe 44 de notre mémoire, le Gouvernement indien reconnaît avoir prohibé le transit de la police armée portugaise et du personnel militaire dès le mois d'octobre 1953.

Le but du communiqué de presse était de répondre à une déclaration officielle qui venait d'être faite à Lisbonne et qui accusait l'Inde d'avoir coupé les communications entre Damão et les enclaves.

Dans son communiqué de presse le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi conteste qu'il en soit ainsi, mais il admet cependant, comme je viens de le dire, que le transit de la police armée et du personnel militaire était prohibé depuis le mois d'octobre.

C'est le troisième alinéa du communiqué de presse qui contient cette déclaration.

Sans doute la mesure est-elle présentée comme l'application d'une politique générale, concernant toutes les forces étrangères sur le territoire indien.

On comprend très bien qu'un État n'admette pas, en principe, le passage de forces étrangères sur son territoire. Mais le cas qui nous occupe est un cas spécial: c'est celui de territoires enclavés. Et dans un cas de ce genre, le principe doit évidemment fléchir, sous peine de rendre impossible l'exercice de la souveraineté.

Dans tous les cas, le Gouvernement indien reconnaît avoir interdit à partir d'octobre 1953 le passage à travers son territoire de la police armée et du personnel militaire portugais, sans qu'une exception soit faite pour les communications de Damão avec les enclaves.

L'interdiction vise le personnel, elle ne vise pas encore les envois de munitions et de matériel. Mais le 17 juillet, quatre jours avant l'occupation de Dadrá, le consul général de l'Inde à Goa adresse au gouverneur général portugais une note, que nous avons reproduite à l'annexe 47 de notre mémoire. Dans cette note il annonce une série de changements avec effet immédiat. Et parmi ces changements figure: « le transport de munitions et de matériel militaire par un officier portugais, ou destiné au Gouvernement portugais de l'Inde sera prohibé ».

Il ne s'agit plus, cette fois, d'une mesure générale, mais d'une mesure spéciale, qui concerne uniquement — le texte le précise — l'administration portugaise de Damão et de Nagar-Aveli.

Au point de vue militaire, au point de vue de la police armée, toutes communications entre Damão et les enclaves sont donc entièrement coupées, aussi bien au point de vue du matériel qu'au point de vue du personnel.

Et elles le sont, j'y insiste, avant le coup de force du 21 juillet contre l'enclave de Dadrá.

Dans d'autres matières, on n'a pas eu recours à des prohibitions. On s'est contenté de rendre le passage plus difficile; M. le doyen Telles a cité de nombreux exemples de ce genre. Je ne reviendrai pas sur ce qu'il a dit. Mais il est évident qu'à considérer ces mesures dans leur ensemble, on ne peut pas s'empêcher d'être convaincu que le Gouvernement indien, sans aller encore jusqu'à l'isolement complet des enclaves, accumulait systématiquement les obstacles et approchait de plus en plus de la limite extrême, passé laquelle son attitude serait devenue franchement incompatible avec le droit de passage du Portugal.

Ce que je tiens à souligner, c'est que, au cours de cette période, le Portugal a attiré l'attention de l'Inde sur les fâcheuses répercussions de ces entraves apportées au transit.

Les mesures prises par l'Inde n'étant pas encore de nature à empêcher l'exercice de la souveraineté portugaise à Dadrá et à Nagar-Aveli, le Gouvernement de Lisbonne n'accuse pas le Gouvernement indien de violer son droit. Mais il proteste tout de même et il précise que si le régime en vigueur n'est pas illicite, c'est parce que la situation est calme dans les enclaves. Si la situation changeait, dit-il, si des événements se produisaient qui exigeaient de la part de l'administration une action urgente, des mesures rapides, les entraves dont souffre actuellement le transit seraient incompatibles avec les nécessités de l'administration.

Le Gouvernement portugais souligne donc ainsi le rapport qui existe entre les mesures relatives au transit et les nécessités auxquelles doit faire face l'exercice de la souveraineté.

Comme je le disais en définissant l'objet du litige, l'Inde voudrait isoler les mesures de transit, les considérer en elle-même, sans les mettre en rapport avec les événements dont les enclaves ont été le théâtre.

C'est une prétention inadmissible. Elle est contraire à la nature des choses. Et dans la période transitoire que nous sommes en train de considérer, le Gouvernement portugais a déjà mis en lumière l'impossibilité de se livrer à une distinction de ce genre.

Les mesures concernant le transit ne peuvent être appréciées qu'en fonction des nécessités de l'administration des enclaves. Des mesures restrictives qui ne constituent pas une violation du droit du Portugal en temps normal, quand tout est calme dans les enclaves, quand les lenteurs de l'administration sont encore tolérables, ces mesures, dis-je, prendraient un tout autre caractère en cas d'*emergency*.

Voilà l'avertissement que le Portugal adresse à l'Inde, et il ajoute que si des mesures rapides devenaient nécessaires dans les enclaves, mesures que rendraient impossibles les entraves qui sont déjà imposées au transit, l'Inde encourrait une grave responsabilité.

C'est dit en toutes lettres dans la note qui fut adressée le 11 février 1954, plus de cinq mois avant l'occupation de Dadrá, et qui est reproduite à l'annexe 40 de notre mémoire.

Et voici que nous arrivons maintenant au moment où les milieux anti-portugais de l'Inde vont passer à l'action, en occupant d'abord Dadrá, la plus petite et la plus vulnérable des deux enclaves, et en occupant ensuite l'enclave de Nagar-Aveli.

Que s'est-il passé exactement?

Sur certains points, nous en sommes réduits à des conjectures. Une enquête immédiate sur place aurait permis sans doute de faire la lumière. Mais, la Cour le sait, les efforts que le Gouvernement portugais a faits dans ce but se sont heurtés à l'opposition de l'Inde et il serait impossible aujourd'hui, après plus de cinq ans et après tout ce qui s'est passé là-bas, de combler cette lacune.

Le Gouvernement de l'Inde lui-même reconnaît que ce qu'il croit savoir n'est venu à sa connaissance que d'une manière indirecte, par oui-dire. J'ajoute: par le canal, soit des envahisseurs eux-mêmes, soit de leurs partisans.

La reconstitution complète, précise et objective des événements est donc impossible. Et ce qui est vrai à cet égard pour le coup de force contre Dadrá qui a eu lieu dans la nuit du 21 au 22 juillet, l'est également pour celui qui a été perpétré, une semaine plus tard, contre Nagar-Aveli.

Mais s'il subsiste des points obscurs, il en existe en revanche qui sont indiscutablement établis.

Un des points qui échappent à toute discussion, et dont l'importance n'échappera à personne, c'est que l'entreprise a été organisée sur le territoire indien par des groupements poursuivant le même but que l'Union indienne, à savoir: l'éviction du Portugal et l'incorporation de ses territoires au domaine de l'Inde.

Ce n'est pas à l'intérieur des enclaves que la crise a surgi. Ce n'est pas un mouvement interne, dirigé contre la souveraineté portugaise, qui est à l'origine de cette crise. Aucun mouvement de ce genre n'a été signalé.

La situation était parfaitement calme dans les enclaves.

La Partie adverse n'a d'ailleurs jamais articulé que ce qu'elle appelle « l'insurrection » des enclaves aurait éclaté spontanément. Elle reconnaît que cette prétendue insurrection a été déclenchée par l'action d'un groupe venu du dehors, précisons: venu du territoire indien. C'est un point acquis.

Les groupes qui ont envahi les enclaves, quels sont-ils?

A cet égard la version indienne et la version portugaise ne concordent pas entièrement, mais elles concordent pour l'essentiel.

Le Gouvernement indien présente les envahisseurs comme des Goanais.

D'après nos renseignements, les éléments qui ont participé à l'opération comprenaient également des ressortissants de l'Union indienne.

Mais peu importe, car il est indubitable que les uns et les autres venaient du territoire indien. Les Goanais qui ont pris part à l'entreprise résident sur le territoire de l'Union indienne, ils font partie de *groupements anti-portugais qui se sont constitués sur ce territoire et qui déploient leurs activités.*

Ces groupements, qui sont énumérés au paragraphe 226 du contre-mémoire, se sont assigné pour but l'éviction du Portugal et l'incorporation de ses territoires à l'Union indienne.

Ce sont des mécontents, dont les éléments les plus actifs sont des émigrés, vivant sur le territoire de l'Inde.

Qu'il y ait des mécontents parmi les ressortissants de l'État portugais de l'Inde, la chose est trop naturelle pour avoir besoin d'explication. Quel est l'État qui ne compte pas de réfractaires parmi ses nationaux? Et ces mécontentements donnent parfois naissance à des partis autonomistes et séparatistes.

Cela arrive, si je puis ainsi dire, dans les meilleures familles. Pour ne citer qu'un exemple, mon ami, M. Rolin, connaît aussi bien que moi-même les extravagances de certains séparatistes belges — wallons et flamands.

Quand ces mouvements n'ont pas de racines profondes, ils ne sont pas dangereux, à moins de trouver des appuis et des encouragements au dehors. Si un État étranger les accueille et s'il leur offre sa protection, parce qu'il voit en eux un instrument utile à la réalisation de ses propres desseins, alors la situation change et le danger devient une réalité.

C'est précisément le cas devant lequel nous sommes. Les groupements anti-portugais ont pu s'organiser en territoire indien, sous la protection de l'Union indienne. C'est là que se trouvent leurs rouages. C'est là que se déploie leur propagande. C'est là que s'élaborent leurs plans.

Que le coup de force contre Dadrá ait été perpétré en territoire indien et que les envahisseurs soient venus de l'Inde sous la conduite de chefs de ces groupements, cela n'est pas contesté. Le contre-mémoire indien le dit expressément dans ses paragraphes 227 et 228.

La question qui se pose est de savoir quelle est, à cet égard, la responsabilité de l'Inde. J'entends sa responsabilité juridique sur le plan international. C'est le seul point de vue auquel nous ayons à nous placer ici.

Le Gouvernement portugais a énuméré, au paragraphe 276 de sa réplique, une série de faits comportant une participation positive de l'Union indienne à l'entreprise dirigée contre les enclaves. Il est évident que si l'on tient ces faits pour établis, la responsabilité juridique de l'Inde ne peut faire aucun doute. Un des faits articulés concerne des encouragements donnés officiellement pour le recrutement de volontaires disposés à agir contre le Portugal et même l'instruction militaire de ces volontaires à proximité de Damão (paragraphe 276 c)).

Toutefois, ces faits ne sont mentionnés, bien entendu, que sur la base de rapports émanant de fonctionnaires portugais. Je dis « bien entendu », car il ne pourrait pas en être autrement, puisqu'il s'agit de faits qui se sont passés sur le territoire de l'Inde et qu'il eût été pratiquement impossible de les faire vérifier contradictoirement.

Le Gouvernement de l'Inde les conteste. Et c'est pourquoi je préfère, voulant donner à ma démonstration le maximum de clarté et de fermeté, ne pas m'y arrêter et me cantonner sur un terrain qui échappe, lui, à toute contestation.

Je voudrais ne retenir ici que les faits qui sont reconnus de part et d'autre, que les faits absolument indiscutables, laissant tout le reste de côté.

Personne ne mettra en doute que si le Gouvernement indien avait connaissance du danger que courait le Portugal, son devoir était de prendre les mesures de précaution nécessaires pour parer à ce danger.

Un État n'est pas nécessairement responsable de ce qui se passe sur son territoire. Sa responsabilité internationale n'est pas automatiquement engagée par les actes illicites qui sont commis sur ce territoire par des personnes privées.

Mais il est admis — et indiscutablement admis — que cet État a, dans une certaine mesure, le devoir d'empêcher l'accomplissement de ces actes et de prendre à cet égard des mesures préventives.

Ce que le droit international exige, c'est que l'État fasse preuve à cet égard d'une diligence normale, de la *due diligence*. Ce degré de diligence varie suivant les circonstances. Il varie notamment suivant la gravité du risque auquel se trouve exposé l'État étranger contre lequel des activités illicites sont dirigées. C'est ce que dit expressément la sentence arbitrale qui a été rendue dans la célèbre affaire de l'*Alabama* :

« la *due diligence* doit être employée par les gouvernements neutres en raison directe des risques auxquels l'un ou l'autre des belligérants pourrait être exposé à la suite du défaut d'observation de leur part des devoirs de la neutralité ». (*Recueil des Arbitrages internationaux*, de Lapradelle et Politis, tome II, p. 890.)

Il s'agissait alors des devoirs de la neutralité, mais le critère est également valable dans les autres hypothèses. On le comprend d'ailleurs facilement. La souveraineté territoriale n'est pas seulement un droit; c'est une fonction qui comporte des devoirs et plus la menace est grave pour les États étrangers, plus ces devoirs sont évidemment impérieux.

Or il serait difficile d'imaginer un danger plus considérable que celui que l'activité des groupements en question faisait courir au Portugal, puisqu'il s'agissait ni plus ni moins de le déposséder de sa souveraineté.

Le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi était, par conséquent, tenu de faire preuve d'une diligence toute particulière pour prévenir les événements qui s'organisaient à cette fin sur son territoire s'il avait connaissance de ces événements.

Dans l'*Affaire du Détroit de Corfou*, la Cour a rappelé

« l'obligation pour tout État de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits des autres États ».

Elle l'a rappelée comme un principe incontesté.

Il s'agissait, on s'en souvient, du mouillage d'un champ de mines qui avait provoqué des explosions dont furent victimes deux navires britanniques. Le mouillage ne pouvant pas être imputé à l'Albanie elle-même, la question était de savoir si l'Albanie en avait eu connaissance à temps. Si oui, sa responsabilité n'était pas douteuse, et l'Albanie elle-même reconnaissait d'ailleurs qu'elle aurait eu, dans ce cas, l'obligation juri-

dique de prendre les mesures préventives qui étaient en son pouvoir (arrêt du 9 avril 1949, *C. I. J. Recueil 1949*, p. 22).

Nous avons rappelé ce principe dans notre mémoire (par. 57) et nous y sommes revenus au paragraphe 135 de nos observations sur les exceptions préliminaires.

L'arrêt de la Cour dans l'*Affaire du Déroit de Corfou* offre d'ailleurs pour nous un intérêt tout particulier, en ce qui concerne la preuve de la connaissance des faits par l'État responsable.

Le Gouvernement du Royaume-Uni ne pouvait pas apporter cette preuve par des témoignages directs. Aussi la Cour a-t-elle reconnu la nécessité, pour l'organe juridictionnel saisi, de se contenter, en pareil cas, de preuves indirectes, de preuves circonstanciées.

Dans le cas qui nous occupe, l'Inde peut-elle plaider l'ignorance pour dégager sa responsabilité? Peut-elle soutenir que l'occupation de Dadrá et l'occupation postérieure de Nagar-Aveli l'ont complètement surprise et qu'elle n'a donc pas eu la possibilité de prendre, sur son territoire, les mesures préventives qui lui incombait incontestablement si elle en avait connaissance? Cette prétention serait manifestement dénuée de tout fondement.

Supposons même qu'il n'y ait eu aucun contact préalable entre les dirigeants des groupements anti-portugais et les autorités indiennes.

On ne contestera pas que le Gouvernement de l'Inde connaissait l'existence et l'activité de ces groupements anti-portugais.

On ne contestera pas que, depuis le début du mois de juillet 1954, il savait que ces groupements étaient décidés à passer à l'action. Et c'est un point sur lequel je me permets d'attirer tout particulièrement l'attention de la Cour.

Le 2 juillet, un manifeste adopté à Bombay, sous le patronage de personnalités marquantes du mouvement anti-portugais, le dit en termes tout à fait explicites.

Ce manifeste figure dans les annexes produites par la Partie adverse (annexe A n° 7).

Voici comment il conclut :

« L'heure de la décision est venue. Nous sommes à la croisée des chemins de notre destinée historique. Nous considérons que, pour nous, la seule décision sage et courageuse est de nous libérer du régime portugais et de nous unir à l'Inde. Les Goanais doivent chasser toute crainte de leur cœur et réclamer le droit de devenir maîtres de leur propre destinée. » (I, p. 202.)

Et, dans un autre passage, le manifeste dénonce ce qu'il appelle « les dangers d'une inaction presque fataliste ».

Étant donné l'ensemble de la situation, c'est un avertissement que le Gouvernement indien ne pouvait évidemment pas sous-estimer.

A-t-il eu connaissance de ce manifeste? Mais incontestablement! Le manifeste a été publié par les journaux. Et c'est d'ailleurs la reproduction qui en a été faite par un journal de Madras, le 3 juillet, qui figure à l'annexe indienne A n° 7. Bien plus, d'après ce journal, le manifeste a été remis à plusieurs personnalités officielles importantes et notamment au premier ministre, M. Nehru.

Voilà donc le Gouvernement indien averti.

Il n'est peut-être pas averti d'un plan précis concernant l'invasion des enclaves, mais il est averti que les groupements anti-portugais de

Bombay, qui veulent éliminer le Portugal de ses territoires, en ont assez d'attendre et qu'ils sont décidés à passer à l'action.

Que fait le Gouvernement indien à la suite de cet avertissement? Va-t-il prendre des mesures de précaution pour empêcher un coup de main? Juridiquement, c'est incontestablement ce qu'il devrait faire; il n'en fait rien. Et non seulement il n'en fait rien, mais il continue à entraver de plus en plus les communications entre Damão et les enclaves et à affaiblir ainsi la résistance du Portugal au danger qui le menace.

Au lieu d'alléger les restrictions qu'il a apportées au transit, il les aggrave. Et une de ces aggravations consiste, je le rappelais tout à l'heure, dans le fait que, le 17 juillet, on annonce, comme une mesure prenant effet immédiat, la suppression de tout transit de matériel et de munitions.

Contestera-t-on qu'une prohibition de ce genre devait nécessairement avoir pour effet de paralyser la résistance des autorités portugaises à un coup de force éventuel?

Ce n'est pas contre ceux qui vont passer à l'action que le Gouvernement indien prend des précautions, c'est contre la victime désignée de cette action.

Et voilà que le 21 juillet au soir, l'avertissement contenu dans le manifeste du 2 juillet reçoit un commencement d'exécution.

Un groupe, conduit par certains dirigeants du mouvement anti-portugais, pénètre de force dans la petite enclave de Dadrá. Chose curieuse — ou plutôt chose toute naturelle —, qui trouvons-nous à la tête des envahisseurs? Le président de ce qu'on appelle le Front uni des Goanais, M. Mascarenhas — un des principaux signataires du manifeste de Bombay du 2 juillet. Sa présence à la tête des envahisseurs est constatée au paragraphe 227 du contre-mémoire indien.

Il suffirait de relever les faits que je viens d'énoncer — et sur lesquels, je le répète, aucune contestation n'est possible — pour conclure à la lourde responsabilité du Gouvernement de l'Inde.

La carence totale de son action préventive, aggravée par ses efforts pour miner la position du Portugal par des entraves croissantes à l'exercice de son droit de transit, constitue incontestablement un manquement aux obligations que le droit international lui imposait dans les circonstances que nous venons de voir.

On nous dit que l'opération du 21 juillet aurait échappé à la vigilance des autorités indiennes. Celles-ci ne se seraient aperçu de rien et ce serait après coup seulement qu'elles auraient appris ce qui s'était passé à Dadrá dans la nuit du 21 au 22 juillet.

Comme je viens de l'établir, je pense, cette circonstance n'aurait aucunement pour effet de disculper le Gouvernement indien. Sa responsabilité découle, à n'en pas douter, de l'attitude qu'il a prise, alors que la situation l'obligeait à faire preuve d'une vigilance spéciale. Même si l'opération qui a eu lieu à Dadrá dans la nuit du 21 au 22 juillet lui avait échappé au moment où elle s'est accomplie, même dans cette hypothèse, assez peu vraisemblable, les reproches que je viens d'énoncer seraient suffisamment justifiés et suffisamment graves pour qu'il ne soit pas possible de considérer l'Inde comme ayant rempli ses obligations internationales.

Mais admettons un instant que l'opération contre Dadrá ait surpris le Gouvernement indien au moment de sa réalisation; on ne soutiendra pas, je pense, qu'il en aurait été de même pour celle dont Nagar-Aveli a été l'objet.

Car il ne faut pas oublier qu'il s'agit de deux opérations distinctes. Elles procèdent des mêmes intentions. Elles sont logiquement liées l'une à l'autre. Mais, chronologiquement, elles sont séparées l'une de l'autre.

Dadrá a été occupée le 22 juillet au matin. Quant à l'occupation de l'enclave de Nagar-Aveli, elle a commencé le 29 juillet pour s'achever le 2 août. Une bonne semaine s'est donc écoulée entre l'occupation de Dadrá et le début de l'occupation de Nagar-Aveli.

Le Gouvernement indien semble toujours confondre les deux opérations quand il en parle. On dirait, à l'entendre, que les deux événements n'en forment qu'un, qu'ils se sont produits au même moment; mais c'est tout à fait inexact.

Et cette différence chronologique a une importance considérable au point de vue qui nous occupe en ce moment. Car, même si les autorités indiennes pouvaient à la rigueur alléguer que l'opération du 21 juillet leur a échappé au moment où elle s'est effectuée, il est de toute évidence qu'elles ne peuvent pas en dire autant de l'opération suivante.

Pour le coup de force contre Nagar-Aveli, la vigilance des autorités indiennes n'avait pas été seulement alertée par l'ensemble de la situation et par le manifeste de Bombay du 2 juillet, elle l'avait été également par des sommations plus précises et plus brutales si je puis dire. Personne ne pouvait mettre en doute que l'occupation de Dadrá n'était que le premier acte du drame et que le second allait se jouer incessamment dans l'enclave voisine de Nagar-Aveli. On pouvait d'autant moins en douter que le chef de l'expédition de Dadrá lui-même, M. Mascarenhas, s'était chargé de l'annoncer.

Voici en effet ce que nous lisons dans le numéro du *Hindustan Standard*, du 23 juillet, édité simultanément à Delhi et à Calcutta.

S'adressant à la population de Dadrá, immédiatement après avoir maîtrisé les fonctionnaires portugais, M. Mascarenhas déclara que des volontaires allaient marcher maintenant sur Silvassa (c'est-à-dire sur Nagar-Aveli).

« Dès que les préparatifs seront terminés — dit-il — les volontaires marcheront sur Silvassa. »

Nous avons joint une photocopie de ce document à nos observations sur les exceptions préliminaires. Elle se trouve à l'appendice 2 de l'annexe 1, parmi d'autres extraits de la presse indienne.

« Dès que les préparatifs seront terminés. » Ils ne le sont pas encore. Pour pénétrer dans la petite enclave de Dadrá à la faveur de la nuit, il n'a pas fallu disposer d'effectifs importants. Un groupe d'hommes audacieux a suffi. Mais pour Nagar-Aveli, l'entreprise est moins facile; non seulement parce que la place à enlever est plus importante et mieux défendue, mais aussi parce que l'éveil est donné. Les Portugais sont maintenant sur leurs gardes et, selon toute probabilité, ils vont envoyer des renforts.

Il est vrai que, pour l'envoi des renforts, les chefs de l'entreprise n'ont pas à s'inquiéter, car ils peuvent compter sur le Gouvernement de l'Inde pour empêcher ces renforts d'arriver. Mais, malgré cela, on ne peut pas déclencher l'opération sans avoir en mains les moyens voulus. On va donc s'assurer les concours nécessaires. Et M. Mascarenhas le dit publiquement. Il l'annonce à la population. Et les journaux de l'Inde répandent la nouvelle. « On se prépare — dit-il — à marcher sur Nagar-Aveli. On ne peut pas déclencher tout de suite le mouvement, parce qu'il faut

pour cela que les préparatifs soient terminés, mais dès qu'ils seront terminés, Silvassa (c'est-à-dire Nagar-Aveli) subira le même sort que Dadra. »

[Audience publique du 2 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après l'occupation de Dadra, le Gouvernement indien est donc averti de la façon la plus certaine et la plus précise que l'entreprise contre Nagar-Aveli est imminente. On est en train de faire les préparatifs et on annonce que dès qu'ils seront terminés on passera à l'action.

Que va faire le Gouvernement de l'Inde dans ces conditions?

La Cour sait déjà suffisamment ce qu'il a fait pour que je puisse me dispenser de le rappeler dans les détails.

Il me paraît tout de même nécessaire de souligner encore certains faits essentiels.

Non seulement le Gouvernement de l'Inde n'a pris aucune mesure pour sauvegarder les droits du Portugal, mais il a couvert les envahisseurs de sa protection, en assurant l'isolement complet des enclaves, la suppression totale des communications entre elles et Damão.

Nous sommes convaincus, pour notre part, que cet isolement total se trouvait déjà réalisé le soir du 21 juillet, quand l'expédition contre Dadra a commencé. C'est ce qui ressort des rapports de nos agents sur place. Mais si la Partie adverse conteste qu'il en soit ainsi, il y a une chose qu'elle ne peut pas dans tous les cas contester: c'est qu'immédiatement après l'occupation de Dadra, l'isolement des enclaves était devenu complet; c'est qu'alors les autorités portugaises de Damão n'ont plus eu aucune possibilité de communiquer avec les territoires enclavés — et non seulement avec Dadra, mais aussi avec Nagar-Aveli, où les envahisseurs n'avaient pas encore pénétré.

Le 24 juillet, le Gouvernement portugais, qui vient d'apprendre l'occupation de Dadra, adresse au Gouvernement indien une note, qui contient à la fois une protestation et une demande.

La protestation a pour objet la responsabilité de l'Inde dans l'événement qui vient de se produire.

Elle insiste sur le lien qui existe entre cet événement et les mesures qui avaient paralysé graduellement les communications avec les enclaves.

Et elle constate que l'isolement des enclaves est complet.

Quant à la demande, elle a pour objet le passage de renforts en vue de rétablir l'ordre à Dadra.

Cette note du 24 juillet 1954 est reproduite à l'annexe 40 de notre mémoire.

Deux jours plus tard, le 26 juillet, une nouvelle note est adressée par la légation du Portugal au ministère des Affaires extérieures de l'Inde (annexe 51 du mémoire).

A ce moment-là, l'invasion de l'enclave de Nagar-Aveli n'avait pas encore commencé. Elle n'a commencé que le 29 juillet, pour s'achever le 2 août.

Mais des rumeurs circulaient, qui pouvaient faire croire au Gouvernement de Lisbonne, privé de communications avec les enclaves, que cette opération était déjà déclenchée.

Que dit la note portugaise?

Elle constate que les communications avec les enclaves ont été coupées par l'Inde et que le Portugal se trouve donc dans l'impossibilité de savoir ce qui se passe.

En conséquence, la note du 26 juillet demande que des délégués du gouverneur de Damão puissent se rendre sans délai à Nagar-Aveli. Dans quel but? En vue, dit le texte, de prendre contact avec la population portugaise, qui est maintenant isolée; en vue également d'examiner les faits, de juger la situation et de prendre les mesures administratives qui s'imposent.

La note souligne l'extrême urgence de cette demande et elle propose même de la réduire au passage de trois délégués, dans l'espoir d'obtenir rapidement l'acquiescement du Gouvernement indien.

Comme on le voit, il ressort très clairement de cette note que, le 26 juillet, Nagar-Aveli était complètement isolée; que les autorités portugaises de Damão se trouvaient dans l'impossibilité de prendre contact avec elle.

Le 28 juillet (donc avant que ne commence l'invasion de l'enclave de Nagar-Aveli), l'Inde répond aux deux notes que je viens de mentionner: celle du 24 et celle du 26 juillet. Sa réponse est reproduite à l'annexe 52 du mémoire.

Elle est simple et péremptoire: c'est un refus sur toute la ligne. Elle n'admet ni le passage de forces armées, ni le passage de fonctionnaires, ni le passage de délégués spéciaux du gouverneur de Damão.

Et ce refus est d'autant plus révélateur qu'il s'accompagne d'une véritable profession de solidarité avec les envahisseurs. Le Gouvernement indien déclare en effet qu'il ne peut certainement pas s'associer à la suppression du mouvement dirigé contre la présence du Portugal dans l'Inde. La destinée naturelle des possessions portugaises de l'Inde, dit-il, est de se fondre dans l'Union indienne.

On ne pourrait pas être plus explicite.

« Non seulement nous ne prenons aucune mesure pour prévenir les entreprises qui s'organisent sur notre territoire contre votre souveraineté; mais nous paralysons complètement l'exercice de cette souveraineté en vous immobilisant dans le territoire maritime de Damão. Et nous prenons cette attitude parce que, dans le conflit qui vous oppose aux envahisseurs, nous optons pour ces derniers. Nos sympathies leur sont acquises et nous ne ferons rien qui pourrait nuire à leur effort. »

La note, je le répète, est du 28 juillet. Elle est antérieure à l'occupation de Nagar-Aveli. Et le refus opposé par l'Inde à la demande de passage avait même été notifié verbalement au chargé d'affaires du Portugal à la Nouvelle-Delhi dès le 24 juillet, comme la note le rappelle à la fin de son neuvième alinéa. Il y avait eu verbalement déjà un refus qui avait été adressé au chargé d'affaires et la note confirme par écrit ce refus.

Ce n'est donc pas après l'occupation des enclaves que le Gouvernement indien a pris cette attitude, mais à un moment où l'occupation de Nagar-Aveli n'existait qu'à l'état de menace.

Aujourd'hui, le Gouvernement indien essaie de se prévaloir de l'existence dans les enclaves d'un gouvernement de fait pour prétendre que ses obligations vis-à-vis du Portugal en seraient affectées et qu'il serait justifié à s'opposer à l'exercice du droit de passage.

C'est l'argumentation qui est développée dans la VII^{me} partie de son contre-mémoire et qui est reprise dans la IV^{me} partie de la duplique.

Elle devra être examinée de près. Mais en tout cas, une chose est certaine et c'est la seule que je tiens à souligner en ce moment, c'est que l'opposition systématique de l'Inde à l'exercice du droit de passage du Portugal s'est manifestée à un moment où aucun gouvernement de fait ne s'était installé au lieu et place du gouvernement légal; à un moment où Nagar-Aveli n'avait même pas encore été occupée et se trouvait simplement isolée du centre de Damão par la volonté de l'Inde.

Nous verrons ce que vaut la thèse d'après laquelle l'existence d'un gouvernement de fait dans les enclaves aurait pour effet de suspendre l'exercice du droit de passage.

Mais à supposer même que cette thèse fût fondée, elle n'apporterait certainement aucune justification à l'attitude antérieure du Gouvernement de l'Inde. Elle n'atténuerait en rien le caractère illicite de cette attitude au moment des coups de force qui ont été exécutés contre Dadrá et contre Nagar-Aveli.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde maintenant une autre question à laquelle je viens précisément de faire allusion. Nos adversaires contestent l'existence même du droit de passage revendiqué par le Portugal. C'est leur thèse principale.

Mais pour le cas où la Cour nous donnerait raison sur ce point, ils soutiennent que l'Inde pourrait tout de même s'opposer à l'exercice de notre droit dans les circonstances actuelles.

Nous sommes donc ici en présence d'une thèse subsidiaire. Et c'est elle que je me propose d'examiner maintenant.

Qu'il me soit permis tout d'abord de rencontrer une affirmation sur laquelle nos estimés contradicteurs reviennent constamment.

Cette affirmation, c'est qu'on se trouverait en présence d'une « insurrection générale de la population des enclaves ».

Ils présentent cette affirmation comme une vérité établie, comme une espèce de postulat.

Que répondons-nous à cela? Nous répondons tout d'abord que nous contestons formellement l'exactitude de cette affirmation.

Et nous répondons ensuite que, fût-elle exacte, elle ne justifierait en aucune façon les déductions juridiques qu'ils en tirent.

Voilà, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les deux parties de notre réponse. Je viens de les énoncer schématiquement. Il convient maintenant de les expliquer et de les justifier.

Mais, au préalable, une précision me paraît nécessaire.

La prétendue insurrection dont le Gouvernement indien fait état, c'est celle de la population des enclaves. C'est de cette population-là et d'aucune autre qu'il s'agit en l'occurrence.

Cela va de soi, dira-t-on. Mais ce qui m'amène à insister sur ce point, c'est que le Gouvernement de l'Inde semble avoir une tendance à déplacer la question. Il parle beaucoup dans ses écritures de la politique que le Portugal pratiquerait d'après lui à Goa et des réactions que cette politique susciterait dans la population goanaise.

Il faut éviter toute confusion.

Les groupements anti-portugais qui ont joué un rôle dans les événements de l'été 1954 comprennent en effet des Goanais. Mais quand on parle d'une insurrection de la population locale, ce n'est pas d'une insurrection de la population de Goa qu'il s'agit, pas plus d'ailleurs que d'une insurrection de la population de Damão ou de la population de Diu.

C'est d'une insurrection de la population de Dadrá et de Nagar-Aveli. Personne ne prétend qu'il y aurait un état d'insurrection dans les autres parties des territoires portugais de l'Inde.

Donc l'insurrection dont nous avons à nous occuper, l'insurrection invoquée par le Gouvernement indien, c'est une insurrection de la population des enclaves et rien d'autre.

C'est de cette population qu'il convient de se demander si elle s'est vraiment insurgée contre le Portugal.

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, le Gouvernement de l'Inde ne va pas jusqu'à soutenir que cette insurrection se serait produite spontanément. Car il y a un fait indiscutable: c'est que les événements dont Dadrá et Nagar-Aveli sont le théâtre depuis 1954 ont été déclenchés par une action extérieure.

Mais, dit-on, cette action venue de l'extérieur a été le signal de l'insurrection de la population. La population a pris le parti des envahisseurs, elle s'est dressée contre le souverain légal; elle n'attendait que cette occasion pour donner libre cours à ses sentiments de révolte. Sur quoi le Gouvernement de l'Inde se fonde-t-il pour interpréter ainsi les faits? Car, enfin, s'il prétend tirer des conséquences juridiques de l'existence d'une insurrection dans les enclaves, c'est évidemment à lui qu'il appartient de prouver l'existence de cette insurrection.

Il est vrai qu'il soutient le contraire.

On lit en effet au paragraphe 548 de sa duplique que le fardeau de la preuve incomberait, sur ce point, au Portugal.

La raison qu'on en donne, c'est que le fardeau de la preuve pèse, d'une manière générale, sur le Gouvernement portugais en sa qualité de demandeur, et qu'à ce titre il devrait prouver non seulement l'existence de son droit de transit, mais encore que les circonstances particulières où nous sommes ne font pas obstacle à l'exercice de ce droit.

Si cela n'était pas exprimé formellement dans la duplique, j'hésiterais à prêter à nos adversaires une thèse à première vue aussi étrange, mais on ne peut pas être plus explicite qu'ils ne l'ont été.

Que le Portugal, qui revendique un droit de transit, ait l'obligation d'établir l'existence de ce droit, c'est évident, mais l'hypothèse dans laquelle se place le Gouvernement de l'Inde dans la quatrième partie de sa duplique est précisément celle où nous aurions fait cette démonstration d'une manière convaincante.

L'existence de notre droit de passage est supposée établie. Et le Gouvernement de l'Inde dit que si notre droit de passage est établi, eh bien, il ne peut pas être exercé dans les circonstances actuelles.

Quelle est, dès lors, la question qui se pose?

C'est la question de savoir si les circonstances actuelles font ou ne font pas obstacle à l'exercice de ce droit. L'Inde prétend que nous ne pouvons pas exercer notre droit parce que la population des enclaves serait en état d'insurrection.

C'est l'Inde qui soulève cette objection.

C'est elle qui soutient que cette circonstance ferait échec à l'exercice de notre droit de passage. Et ce serait à nous de prouver qu'il n'en est pas ainsi? En d'autres termes il suffirait que l'Inde jette dans le débat une objection quelconque, fût-elle la plus fantaisiste, pour que nous soyons obligés de prouver que cette objection est sans valeur, sous peine de perdre notre procès!

Je crois qu'il est inutile d'insister davantage, les règles élémentaires du fardeau de la preuve condamnent évidemment cette prétention.

Sur la question que nous abordons maintenant, ce n'est évidemment pas le Portugal qui est demandeur, c'est l'Inde.

C'est à elle, par conséquent, de prouver le fondement de l'objection qu'elle nous oppose.

On comprend ce qui l'a poussée à soutenir la thèse dont je viens de parler, car on est tenté de se décharger du fardeau de la preuve quand on se sent incapable de le supporter.

Or c'est manifestement la situation incommode dans laquelle se trouvent ici nos adversaires.

Sur quoi s'appuient-ils en effet pour prétendre que la population des enclaves serait en état d'insurrection?

Ils s'appuient uniquement sur les allégations des envahisseurs eux-mêmes et des milieux politiques qui les soutiennent.

Et à cet égard le paragraphe 599 de la duplique contient une affirmation que je ne puis m'empêcher de relever.

Faisant allusion aux documents qu'il a produits dans le contre-mémoire en vue d'établir l'exactitude de sa version, le Gouvernement indien déclare que ces documents émanent, dans la majorité des cas, des insurgés et des autorités locales qu'ils ont constituées.

« Dans la majorité des cas »: on serait donc tenté de croire qu'il y en a d'autres, d'une valeur probante plus sérieuse. Or tous les documents qui figurent au dossier émanent soit des prétendus insurgés, soit du parti qui soutient leur cause. Comme éléments de preuve, ils peuvent donc être mis exactement sur le même plan.

Mais qu'à cela ne tienne! Aux yeux de nos adversaires, ces documents constituent une preuve parfaitement valable. Pourquoi? Ici la duplique doit être citée textuellement:

« Après tout — dit-elle — ce sont les insurgés qui ont fait l'insurrection et ce sont eux qui composent l'administration *de facto*. »

Ils ont fait l'insurrection, donc ils savent ce qui s'est passé.

C'est dit textuellement au paragraphe 599 de la duplique.

Il est évident que les hommes qui ont pénétré de force dans les enclaves et qui s'y sont emparés de l'administration sont au courant de ce qui s'est passé.

Mais là n'est pas la question. La question est de savoir si leur version des événements peut être retenue comme l'expression de la vérité.

Or il est évident qu'elle n'offre à cet égard aucune garantie.

Elle correspond aux intérêts de leur propagande. Mais comme témoignage devant servir de base à un jugement impartial, elle est manifestement dépourvue de valeur.

Or, je le répète, l'affirmation du Gouvernement indien n'a pas d'autre base.

Cette affirmation, le Portugal la repousse catégoriquement.

Comme je le rappelais ce matin, au moment où se sont produits les événements de l'été 1954, nous avons demandé au Gouvernement indien d'envoyer dans les enclaves quelques délégués du gouverneur de Damão afin de prendre contact avec la population locale et d'examiner la situation.

Si nous avons obtenu satisfaction, nous aurions pu faire, en temps utile, les constatations nécessaires. Nous aurions pu nous rendre compte

de ce qui se passait, de l'attitude des envahisseurs et de celle de la population.

On nous a empêchés de le faire. Et aujourd'hui, après cinq ans, on voudrait nous opposer les proclamations, les discours et les récits de ceux qui ont usurpé notre pouvoir. On voudrait nous faire admettre que leur version des faits est suffisamment convaincante pour devoir emporter notre adhésion.

Il nous est impossible de suivre sur ce terrain nos estimés contradicteurs.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je disais tout à l'heure que la situation dans les enclaves était calme au moment où se sont produits les événements de 1954.

Ce n'est pas que les groupements hostiles au Portugal n'aient pas fait ce qu'ils ont pu pour y créer de l'effervescence.

Dans le rapport de la nouvelle administration, qui a été publié en octobre 1957 et qui est reproduit à l'annexe E n° 64 de l'Inde, voici ce que nous lisons (p. 12 de la brochure) :

« Une active propagande souterraine parmi les Varlis [c'est la population de Dadrá] fut exercée principalement par le Front uni des Goanais et par le Parti du peuple goanais et, dans la nuit du 21 au 22 juillet, une poignée de Goanais du Front uni des Goanais pénétra dans Dadrá et invita la force de police à se rendre. »

On parle donc très nettement d'une active propagande souterraine qui s'est développée à Dadrá, qui a été organisée par ce qu'on appelle le parti goanais.

Mais on ne dit pas un mot des effets de cette propagande souterraine. On ne dit pas un mot d'un mouvement de rébellion qu'elle aurait déclenché dans la population.

Et voici maintenant le rapport que le chef de cette administration a envoyé le 8 novembre 1958 au premier ministre de l'Inde; il fait l'objet de l'annexe indienne F n° 117. Ce rapport cherche naturellement à donner l'impression que la population des enclaves aspirait à renverser le régime existant. Il y a une section du rapport qui est même consacrée à cet objet. Elle a pour titre: « Mouvement nationaliste à Dadrá et à Nagar-Aveli » (pp. 797 à 799, III).

Or, quand on lit cet exposé d'une manière objective et sans prévention, qu'est-ce qu'on constate? Les seuls faits qui y sont relatés concernent l'activité de certains agents du soi-disant parti goanais qui se sont efforcés de provoquer dans la population un mouvement de rébellion. Nous y voyons aussi que, à mesure qu'on approchait des événements de l'été 1954, cette activité redoubla. « Au début de 1954 — dit le rapport — une campagne nationaliste intensive se déclencha à Nagar-Aveli. » Des chefs nationalistes goanais y organisèrent des réunions publiques. Et le rapport signale une réunion publique qui a eu lieu le 17 mai 1954, à laquelle assistèrent, dit-on, plus de deux mille personnes et où un chef socialiste indien prit la parole.

Qu'est-ce que cela prouve? Cela prouve assurément que le soi-disant parti goanais multipliait ses efforts pour créer de l'agitation dans les enclaves. Et, sur ce point, il n'y a aucun doute. Le rapport précédent, celui de 1957, le dit textuellement — je le rappelais tout à l'heure: « Une active propagande souterraine parmi les Varlis fut exercée principalement par le Front uni des Goanais et par le Parti du peuple goanais. »

Mais la question, ce n'est pas de savoir si la propagande qui a été déclenchée a été intense, la question est de savoir quels sont les résultats qu'elle a obtenus. Ce qui nous intéresse, c'est l'attitude de la population locale. Or, le rapport de l'administration ne mentionne pas un seul fait qui dénoterait chez cette population l'existence d'un mouvement insurrectionnel, car je suppose qu'on ne considère pas comme tel la présence d'un grand nombre de personnes à la réunion publique du 17 mai 1954, où un chef socialiste indien a pris la parole. Ce serait d'autant plus difficile que les archives de la police portugaise — citées dans le rapport de la nouvelle administration — disent même qu'il n'a rien été discuté au cours de cette réunion « qui puisse préoccuper le Gouvernement portugais ». Ce sont les termes mêmes du rapport (p. 799, III).

S'il y avait eu, dans les enclaves, un mouvement séditionnel; s'il y avait eu même seulement des signes attestant que la population était prête à se soulever contre le gouvernement, qu'elle n'attendait, pour le faire, qu'une occasion propice — je crois que nous pouvons être assurés que la nouvelle administration n'aurait pas manqué de le signaler dans le rapport qu'elle a adressé au premier ministre de l'Inde au sujet de ce mouvement nationaliste dans les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Malgré le travail souterrain auquel elle était soumise et qui s'intensifiait de plus en plus à mesure qu'on approchait des événements de l'été 1954, la masse des enclaves est donc restée inerte. Voilà la conclusion que nous pouvons tirer, me semble-t-il, ou que nous devons tirer de la lecture même des rapports de la nouvelle administration. Mais il y a plus.

Quelle est la volonté que l'on prête à cette population? Quel est le programme politique pour lequel cette population des enclaves se serait enflammée? Car une insurrection poursuit un but. Elle est faite dans une intention déterminée. Parfois elle tend à un simple changement de gouvernement; il ne s'agit pas alors de modifier la structure de l'État lui-même, mais simplement de mettre un nouveau gouvernement à la tête de cet État.

Ce n'est évidemment pas l'hypothèse dans laquelle nous nous trouvons. Les prétendus insurgés n'ont pas pour but de remplacer le Gouvernement actuel de Lisbonne à la tête de l'État portugais.

Il s'agit de détacher les deux enclaves de cet État. Il s'agit de soustraire les deux enclaves à la souveraineté portugaise. Pourquoi? Pour en faire un État indépendant? Pour créer une nouvelle entité internationale: la république souveraine de Dadrá et de Nagar-Aveli? En aucune façon.

Le Gouvernement indien esquisse, il est vrai, cette hypothèse dans sa duplique. On lit au paragraphe 612 que l'administration actuelle des enclaves serait « un embryon de *San Marino* ». Cette allusion à la République de Saint-Marin a évidemment pour but de créer l'impression que la prétendue insurrection de Dadrá et de Nagar-Aveli serait destinée à en faire un État indépendant. Un État minuscule évidemment. Mais puisqu'il y a bien la République de Saint-Marin, pourquoi ne pourrait-il pas y avoir une république de Dadrá et de Nagar-Aveli?

Seulement, on semble oublier, de l'autre côté de la barre, que le but de l'opération a été clairement indiqué, à plusieurs reprises, par les prétendus insurgés et que ce but n'est aucunement de créer un nouveau Saint-Marin séparé de l'Union indienne. Le but de l'opération, c'est de supprimer les enclaves pour faire l'unité de l'Inde. Ce n'est pas pour donner

naissance à un nouvel État en miniature que les envahisseurs ont pénétré dans les enclaves et qu'ils prétendent avoir soulevé la population locale, c'est dans un dessein beaucoup plus vaste et beaucoup plus ambitieux.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous touchons ici à un point très important, sur lequel j'aurai à revenir quand je parlerai de l'attitude du Gouvernement indien à l'égard du prétendu mouvement insurrectionnel. La question, considérée sous cet angle, nous paraît capitale et il sera nécessaire de mettre les choses tout à fait au point.

Afin d'éviter des redites, je crois préférable en ce moment de noter simplement le fait pour mémoire.

L'occupation des enclaves et leur prétendue libération n'ont jamais été considérées comme une opération purement locale, ayant pour fin de créer un État indépendant de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Elles ont toujours été conçues comme tendant à réaliser l'unité territoriale et politique de l'Inde. Il s'agissait de faire passer des enclaves sous la souveraineté de l'Union indienne, comme point de départ d'une opération beaucoup plus vaste. C'était le premier coup de bélier qu'on voulait asséner à l'édifice de l'État portugais de l'Inde. Voilà le but de l'opération.

Et alors, une question se pose: comment expliquer que la population des enclaves se soit enthousiasmée pour ce programme? Comment expliquer qu'elle se soit soulevée à l'appel des envahisseurs pour en assurer la réalisation?

Que les hommes du prétendu parti goanais qui avaient réussi à pénétrer dans les enclaves et à en expulser les fonctionnaires portugais, à prendre eux-mêmes en mains les leviers de commande que ces hommes-là, dis-je, aient organisé des cortèges et qu'ils aient fait acclamer leurs discours, c'est très possible, personne ne peut en être surpris. L'expérience du passé et celle du présent abondent en manifestations de ce genre. Mais il faudrait être bien naïf pour leur attribuer une valeur quelconque.

La question n'est pas là. La question n'est pas de savoir si la population des enclaves a fait ou n'a pas fait ces gestes extérieurs. La question est de savoir s'il est vraisemblable que cette population ait adhéré consciemment, du fond du cœur, au programme que je viens de rappeler.

Or, il suffit de réfléchir un instant pour répondre négativement à cette question.

Réaliser l'unité historique de l'Inde, c'est peut-être un programme prestigieux pour certains esprits, mais ce n'est certainement pas un programme qui soit à la portée de tout le monde.

Le Gouvernement indien a exposé ce programme dans les notes où il a essayé de convaincre le Gouvernement portugais de la légitimité de ses aspirations. Il s'agit particulièrement de son aide-mémoire du 25 février 1950 (annexe 29 de notre mémoire) et de sa note du 14 janvier 1953 (annexe 31 du même mémoire).

Le mouvement national qui a libéré l'Inde de la puissance britannique en 1947, est-il dit dans ces documents, dépasse les résultats qui furent alors obtenus. C'est un mouvement de caractère général qui n'a d'autre limite que le cadre géographique de l'Inde. Ce qui explique ce mouvement, ce qui en est la raison suprême, c'est l'« unité historique et culturelle de l'Inde ». Cette unité, dit l'aide-mémoire du 25 février 1950, a été interrompue, il est vrai, au cours de l'histoire. Mais cette interruption ne peut

être considérée que comme une phase transitoire du processus historique. Voilà la doctrine du mouvement nationaliste indien.

Or, quoi qu'on pense de cette doctrine, une chose me paraît certaine: c'est que pour l'apprécier il faut avoir une notion générale de l'histoire et de l'évolution politique des sociétés humaines. Et alors, j'en reviens à ma question: comment la population des enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli pourrait-elle en saisir la portée et se laisser enthousiasmer par elle? Voyons les choses comme elles sont.

Il s'agit d'une population dispersée en soixante-douze villages, dans une région montagneuse, couverte de forêts, de taillis et de hautes herbes. (Je ne fais que citer ce qui est dit aux paragraphes 10 et 11 du contre-mémoire indien.)

Aucune concentration urbaine. Une population paysanne clairsemée,
« où le trafic n'est possible — je cite toujours le paragraphe 11 du contre-mémoire — que le long des brèches dans les Ghâts et aux endroits où la forêt n'est pas très épaisse ».

Et il s'agit d'une population arriérée:

« la majorité de la population appartient aux tribus arriérées des Varlis, Kolis et Adivassi ».

Qui dit cela?

C'est le Gouvernement de l'Inde, au paragraphe 10 de son contre-mémoire. Et il le répète dans les termes suivants au paragraphe 19:

« Comme il a été dit plus haut, la plupart des habitants appartiennent aux tribus arriérées des Varlis, Kolis et Adivassi, qui sont de pauvres gens dont les besoins économiques ne sont pas très développés. »

Et on voudrait nous faire croire que cette population se serait révoltée pour participer à la grandeur historique de l'unification géo-politique de l'Inde! On avouera que c'est nous demander beaucoup de complaisance.

En conclusion, je crois pouvoir constater non seulement que le Gouvernement de l'Inde n'apporte aucune preuve valable à l'appui de la version sur laquelle il se fonde, mais encore que tout concourt à faire apparaître cette version comme contraire à la réalité. Ce n'est pas en présence d'une insurrection de la population locale que nous nous trouvons, c'est en présence d'un phénomène tout différent. C'est en présence d'une usurpation commise par un groupement dont le siège se trouve en territoire indien.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Portugal repousse donc catégoriquement le postulat sur lequel la Partie adverse a construit son argumentation.

Mais, comme je le disais précédemment, il soutient d'autre part que, même si ce postulat était conforme à la réalité, les déductions juridiques que le Gouvernement de l'Inde croit pouvoir en tirer ne seraient aucunement justifiées.

Supposons qu'il y ait une insurrection. Quelles seraient les conséquences juridiques de cette insurrection, en ce qui concerne à la fois la position du souverain légal et celle des États tiers?

Je crois malheureusement nécessaire de présenter à cet égard un certain nombre d'observations générales, qui seraient sans doute superflues

si le Gouvernement indien ne semblait pas en contester l'exactitude, mais qu'il me paraît indispensable d'exposer en présence de certaines opinions tout à fait inadmissibles que comportent à la fois le contre-mémoire et la duplique.

Les effets juridiques d'une insurrection sur le plan international ne sont pas toujours faciles à préciser et la Cour sait mieux que moi que bien des controverses subsistent à ce sujet. Mais il y a tout de même un certain nombre de points fondamentaux qui peuvent être considérés comme acquis.

Or, sur plusieurs de ces points, le Gouvernement indien prend une attitude tout à fait injustifiée, à notre avis, et comme cette attitude fausse les conclusions pratiques auxquelles il aboutit, nous ne pouvons pas nous abstenir de les discuter.

En principe, le conflit qui oppose le Gouvernement légal à des insurgés ne concerne pas les États tiers. C'est un conflit interne, qui ne modifie pas la condition des deux adversaires sur le plan international.

Le souverain légal reste le seul sujet du droit des gens. Les insurgés ne possèdent pas cette qualité.

Tout au moins ne la possèdent-ils pas à l'origine, au début de l'insurrection. Il est vrai qu'ils peuvent l'acquérir plus tard, mais dans une certaine mesure seulement, et à certaines conditions.

Ils acquièrent une personnalité de droit international quand ils sont reconnus comme belligérants. En pareil cas, le droit de la guerre devient applicable au conflit et les États qui ont procédé à la reconnaissance de belligérance sont tenus d'observer dans ce conflit les règles de la neutralité.

Dans l'espèce, il n'y a pas reconnaissance de belligérance, et sur ce point nous sommes d'accord avec la Partie adverse qui le déclare expressément au paragraphe 603 de sa duplique.

Nous pouvons donc écarter l'hypothèse de la reconnaissance de belligérance.

En dehors de la reconnaissance de belligérance, les insurgés peuvent-ils en obtenir une autre? Ici, nous pénétrons déjà sur un terrain plus douteux.

Certains États — notamment les États anglo-saxons — admettent la possibilité d'une reconnaissance « d'insurrection » — ce qui est, en somme, un stade intermédiaire entre la reconnaissance de belligérance et l'absence complète de reconnaissance.

En revanche, d'autres gouvernements et une partie de la doctrine repoussent la notion dont il s'agit.

Afin de ne pas compliquer le débat, je ne m'engagerai pas dans l'examen de cette controverse. La reconnaissance d'insurrection paraît, en effet, de plus en plus largement admise. Seulement, ce qu'il faut préciser, ce qu'il faut souligner immédiatement, c'est qu'il y a une différence essentielle entre la reconnaissance d'insurrection et la reconnaissance de belligérance.

En reconnaissant les insurgés comme belligérants, l'État tiers leur attribue le statut de belligérants tel qu'il est défini par le droit international général. Il leur applique, en d'autres termes, un statut pré-déterminé, dont le contenu est fixé par le droit des gens.

Au contraire, le statut qui résulte de la reconnaissance d'insurrection n'a pas de contenu fixe. Son contenu dépend de la reconnaissance elle-même.

Comme le dit M. le juge Lauterpacht dans son ouvrage *Recognition in International Law*, la reconnaissance de l'insurrection n'est pas

« un acte conférant aux insurgés des droits internationaux découlant d'un statut bien défini » (p. 271).

Elle ne comporte « que les droits et les devoirs qui ont été concédés et acceptés » (p. 276).

Elle crée

« une relation de fait, en ce sens que les droits et les devoirs légaux entre les insurgés et les États étrangers n'existent que dans la mesure où ils ont été expressément concédés et acceptés pour des raisons de convenance, ou d'humanité, ou d'intérêt économique » (p. 277).

C'est ce que souligne également le professeur Charles De Visscher, ancien juge à la Cour, dans son livre *Théories et réalités en droit international public* :

« Sans bénéficier d'un statut juridique défini, dit-il, les insurgés obtiennent [par la reconnaissance d'insurrection] outre la jouissance de certains droits spécifiés et qui varient d'un cas à l'autre, un traitement conforme aux exigences de l'humanité. » (P. 289.)

De même, le professeur Wehberg, dans son cours sur *La guerre civile et le droit international*, définit la reconnaissance d'insurrection comme un acte

« par lequel on accorde certains droits limités aux insurgés qui ne sont pas reconnus comme belligérants » (*Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, 1938, I, p. 38).

Il n'y a donc pas un statut d'insurrection, comme il y a un statut de belligérance. Il y a autant de statuts d'insurrection qu'il y a de reconnaissances d'insurrection, parce que, dans chaque cas, le statut des insurgés est déterminé par l'acte de reconnaissance.

Les insurgés peuvent donc acquérir une certaine personnalité juridique, soit par la reconnaissance de belligérance — il n'y en a pas en notre cas — soit par la reconnaissance d'insurrection.

Mais la Partie adverse va beaucoup plus loin. Elle prétend qu'aucune reconnaissance n'est requise pour cela. Elle prétend que les insurgés posséderaient une personnalité internationale *de plein droit, abstraction faite* de toute reconnaissance. Tout au moins affirme-t-elle qu'il existe actuellement une forte tendance à cet égard pour rompre avec la tradition. C'est ce qu'elle soutient aux paragraphes 603 et 647 de la duplique.

Sur quoi le Gouvernement de l'Inde appuie-t-il cette affirmation? Il se réfère à certains ouvrages de doctrine, qui sont énumérés à la fin du paragraphe 603 de la duplique. Il se réfère également aux conventions de Genève de 1949, relatives au domaine de la Croix-Rouge. Et finalement, il fait état, au paragraphe 647, de la décision arbitrale du *Chief Justice Taft*, dans l'*Affaire des concessions Tinoco*, entre la Grande-Bretagne et Costa-Rica.

Je crois qu'il suffit d'examiner de près ces divers éléments pour se rendre compte qu'ils n'ont aucunement la portée qui leur est attribuée par la Partie adverse. Et c'est ce que j'essaierai de faire ultérieurement.

[Audience publique du 3 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, commençons par l'*Affaire des concessions Tinoco*.

Il s'agit de concessions qui avaient été accordées à des ressortissants britanniques par le gouvernement révolutionnaire de Tinoco, au nom de la République de Costa-Rica. Ce gouvernement étant tombé, une loi costa-ricienne annula les contrats qui avaient été conclus avec des personnes privées par le pouvoir exécutif, pendant la période révolutionnaire.

La Grande-Bretagne soutint que ces actes étaient valables à l'égard de ses ressortissants et qu'en les annulant le gouvernement nouveau engageait la responsabilité de l'État. L'arbitre a donné raison à la Grande-Bretagne.

Sa décision n'a d'ailleurs rien d'exceptionnel.

Comme le professeur Charles De Visscher l'expose dans son livre *Théories et réalités en droit international public*, il s'agit d'une pratique qui est influencée avant tout par des considérations d'ordre et de sécurité.

Elle part de cette idée que si les actes d'un gouvernement insurgé ne peuvent pas en principe être imputés à l'État, il en est autrement lorsque ces actes — je cite le texte du professeur De Visscher :

« ressortissent à une gestion normale des services publics et ne relèvent pas des activités politiques révolutionnaires du gouvernement insurgé » (p. 337).

Mais en quoi cette jurisprudence nous intéresse-t-elle? La question à laquelle elle se rapporte est tout à fait étrangère à la nôtre.

Ce n'est pas la question de savoir si les insurgés possèdent une personnalité juridique internationale. C'est la question de savoir si certains de leurs actes sont imputables à l'État. Voilà tout.

Nous sommes en présence, par conséquent, de deux questions juridiques différentes, et la jurisprudence qui est invoquée par le Gouvernement indien au paragraphe 647 de sa duplique est sans aucune portée sur le terrain où nous devons nous placer.

Considérons maintenant les conventions de Genève de 1949, dont nos estimés contradicteurs semblent faire grand état.

Elles sont en effet instructives, mais pas du tout dans le sens qu'on leur attribue de l'autre côté de la barre.

Ces conventions — qui sont au nombre de quatre — contiennent toutes une disposition concernant les conflits armés qui ne présentent pas un caractère international et qui surgiraient sur le territoire d'une des Parties contractantes.

L'article en question — c'est l'article 3 — impose aux parties en conflit l'obligation de respecter certaines règles.

Nous sommes devant une innovation. Jusque-là, le droit conventionnel de la Croix-Rouge ne s'appliquait qu'aux guerres internationales. L'article 3 des nouvelles conventions déborde ce cadre traditionnel, puisqu'il vise les conflits armés qui n'ont pas un caractère international — et notamment les guerres civiles.

Il y avait déjà longtemps que, dans certains milieux, on préconisait une extension de ce genre, parce que le droit de la Croix-Rouge étant essentiellement dicté par des préoccupations humanitaires, on se disait

qu'il n'y avait pas de raison majeure pour faire dans ce domaine une distinction tranchée entre les guerres internationales et celles qui n'ont pas ce caractère.

Et un projet avait été établi, qui écartait la distinction traditionnelle, qui étendait le bénéfice des conventions aux victimes des conflits armés n'ayant pas un caractère international.

Ce projet existait et il avait été soumis aux organes de la conférence.

Constatons tout de suite que la conférence diplomatique qui fut convoquée à Genève en 1949 écarta immédiatement ce projet.

Les gouvernements — car ce sont eux cette fois qui avaient la parole, tandis que les travaux préparatoires avaient été faits par certains organes de la Croix-Rouge qui n'étaient pas représentatifs des États eux-mêmes, à la conférence diplomatique c'étaient les États, c'étaient les gouvernements qui étaient représentés —, eh bien, ces gouvernements refusèrent d'entrer dans cette voie. Et, après de très longs débats, la conférence finit par se rallier à une solution beaucoup plus modeste — celle qui trouve son expression dans l'article 3 des nouvelles conventions.

Qu'est-ce que cet article prescrit?

Il n'est plus question d'appliquer aux guerres civiles l'ensemble des dispositions prévues pour les guerres internationales. Nous sommes très loin de là. L'obligation de l'article 3 ne porte que sur le respect de certains principes élémentaires, qui étaient admis depuis longtemps par tous les pays civilisés.

Il s'agit — je cite — de traiter avec humanité les adversaires désarmés, de ne pratiquer ni tortures, ni supplices, de ne pas faire d'otages, de soigner les blessés et les malades. C'est tout, on ne va pas plus loin.

La conférence n'a donc retenu, pour les rendre applicables au cas de guerres civiles, que certaines normes humanitaires tout à fait essentielles, certaines normes humanitaires qui, depuis longtemps, étaient en fait, reconnues et admises par les États civilisés.

Mais, dit le Gouvernement de l'Inde, ces normes ne régissent pas seulement les États contractants. Aux termes de l'article 3, elles sont applicables à chacune des parties en conflit. Elles s'appliquent donc, en cas de guerre civile, au parti insurgé. Et, par conséquent, une certaine personnalité juridique est attribuée à ce dernier — une personnalité juridique qui est indépendante de toute reconnaissance qui dérive de la convention elle-même.

C'est exact. Et c'est d'ailleurs un des points qui ont été la source de grandes hésitations au sein de la conférence.

Mais ce qu'il est essentiel de noter, c'est que cette personnalité juridique n'est admise que dans un cadre très restreint, pour la seule application des quelques principes humanitaires énumérés à l'article 3. Et c'est, d'autre part, qu'elle a un caractère purement conventionnel: elle n'existe qu'en vertu de la convention et dans les limites des dispositions de l'article 3.

Rien ne serait plus faux que de prêter à la conférence de Genève l'intention de reconnaître aux insurgés un statut juridique international de droit commun, ayant sa base dans le droit international général.

Au contraire, la conférence a été très préoccupée d'éviter cette interprétation. Elle a voulu éviter toute confusion de ce genre, et cela a été une de ses préoccupations majeures.

Et pour éviter toute fausse interprétation, elle a pris deux précautions.

L'une de ces précautions est inscrite dans le texte même de l'article 3, sous la forme d'un dernier alinéa qui est ainsi conçu :

« L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des parties en conflit. »

Et l'autre précaution a fait l'objet d'une des résolutions finales de la conférence — la dixième résolution — dont voici le texte :

« La conférence estime que les conditions de la reconnaissance d'une partie à un conflit comme belligérant, par les Puissances demeurant hors de ce conflit, sont régies par le droit international public et ne sont pas modifiées par les conventions de Genève. »

Cette résolution, on le voit, concerne les rapports des parties en conflit avec les États tiers, avec les Puissances qui restent en dehors du conflit.

La duplique indienne donne de cette résolution, dans son paragraphe 603, une interprétation tout à fait inexacte. D'après elle, le but de la résolution serait — je cite — « d'éviter toute confusion entre le statut d'insurgé et celui de belligérant ».

En aucune façon ; et je me demande sur quoi nos adversaires appuient cette affirmation.

La conférence n'a aucunement eu l'intention de distinguer la reconnaissance de belligérance de la reconnaissance d'insurrection. Elle a voulu marquer simplement que la question de la reconnaissance de belligérance n'était aucunement affectée par l'article 3 des conventions nouvelles.

Mais, comme je le disais il y a un instant, la conférence a pris une autre précaution : celle qui est inscrite dans le texte même de l'article 3 — celle qui forme le dernier alinéa de cet article.

Or, de cette disposition-là, aucune mention n'est faite dans la duplique indienne. Elle est pourtant essentielle et elle est catégorique :

« L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des parties en conflit. »

Ainsi, les auteurs des conventions de Genève ont tenu à souligner dans le corps même de ces conventions que l'application de certaines règles humanitaires en cas de guerre civile ne pouvait pas être interprétée comme affectant le statut juridique des parties en conflit.

En d'autres termes, en dehors de l'application de ces règles, le statut juridique des parties en conflit reste ce qu'il est d'après le droit commun. Les conventions nouvelles ne changent rien au droit coutumier.

Et si la conférence a marqué aussi nettement sa volonté de laisser ce problème intact, ce n'est pas sans mûre réflexion.

Le Comité international de la Croix-Rouge a commencé la publication du commentaire des conventions de 1949 ; ce commentaire est fait sous la direction de M. Jean Pictet, qui a joué un rôle considérable dans les travaux de la conférence de Genève et dans leur préparation.

Or, voici ce que dit le commentaire du Comité international de la Croix-Rouge au sujet du quatrième alinéa de l'article 3, dont je viens de lire le texte :

« Cette disposition est essentielle. Sans elle, l'article 3, ni aucun autre à sa place, n'aurait jamais été voté. Elle répond à la crainte de voir l'application, même restreinte, de la convention en cas de

guerre civile gêner le gouvernement légal dans sa répression légitime de la rébellion, ou de conférer le statut de belligérance et, partant, une autorité et une puissance accrues au parti adverse.

Elle précise, de la façon la plus nette, que le but de la convention est exclusivement humanitaire; qu'il ne touche en rien aux affaires intérieures de l'État; qu'il assure seulement le respect du minimum de règles d'humanité que tous les peuples civilisés considèrent comme valables partout et en toute circonstance, comme étant au-dessus et en dehors même de la guerre. »

Le Gouvernement indien présente les résultats de la conférence de Genève comme confirmant l'existence d'une personnalité juridique des insurgés qui serait indépendante de toute reconnaissance, d'une personnalité qu'ils auraient en vertu du droit commun; il est clair que rien de semblable ne ressort des travaux de la conférence et que celle-ci, tout au contraire, s'est vivement préoccupée d'éviter qu'une interprétation de ce genre puisse être donnée à ses décisions.

Or, il ne faut pas perdre de vue que la conférence de Genève réunissait presque tous les États du monde — 77 États ayant été représentés.

C'est donc, peut-on dire, la société internationale tout entière qui a manifesté sa façon de voir à cette occasion, par l'organe de ses représentants qualifiés, c'est-à-dire par les gouvernements des États qui la composent.

Il est rare qu'on ait la chance d'être aussi valablement informé de sa pensée. Et nous savons gré, en ce qui nous concerne, au Gouvernement indien d'avoir attiré l'attention sur ce témoignage, qui n'est certainement pas en faveur de sa thèse.

Au paragraphe 603 de la duplique sont enfin mentionnés quatre ouvrages de doctrine qui, d'après nos estimés contradicteurs, confirmeraient leur point de vue.

Il s'agit de l'*International Law* d'Oppenheim-Lauterpacht (8^{me} édition); du livre de Charles De Visscher *Théories et réalités en droit international public*; du *Text Book of International Law* de Ross; et enfin du *Traité de droit international public* de Guggenheim.

Or ces références, à l'exception de la dernière, sont loin d'avoir la signification qu'on leur attribue.

Dans le passage mentionné de l'*International Law* d'Oppenheim, il est question de la reconnaissance d'insurrection, et l'auteur se borne à constater que cette reconnaissance peut être implicite; mais il ne dit aucunement que les insurgés auraient la personnalité internationale sans reconnaissance.

Le professeur Charles De Visscher ne dit rien de semblable non plus. Dans le passage que vise la duplique, il traite simplement de la reconnaissance d'insurrection.

Quant au *Text Book* de Ross, voici ce qu'on peut y lire, à la page 123:

« ... suivant la conception presque unanime de la doctrine ... le parti insurgé n'a pas un statut juridique international *ipso jure*, mais seulement lorsque et dans la mesure où il a été reconnu comme belligérant. Par conséquent, la reconnaissance a un effet constitutif. Elle est toujours volontaire et ne produit d'effets que pour les relations avec l'État qui reconnaît. »

Reste le *Traité* du professeur Guggenheim, qui se prononce lui — c'est exact — dans le même sens que le Gouvernement indien.

Mais quelle que soit la haute estime dans laquelle je tiens la science juridique du professeur Guggenheim, je ne puis cependant pas considérer son opinion comme prévalant sur celle de la quasi-unanimité de la doctrine — à moins qu'il n'apporte la démonstration de son exactitude.

Or cette démonstration, j'ai eu beau la chercher dans son *Traité*, je ne l'y ai pas trouvée.

En réalité, l'auteur se borne à une affirmation, sans fournir aucune preuve à l'appui de ce qu'il avance.

Je vais plus loin. La thèse qu'il énonce se heurte à un obstacle qui me paraît tout à fait insurmontable.

Si on prétend que les insurgés ont une personnalité juridique indépendamment de toute reconnaissance, il faudrait évidemment préciser quel est le champ de cette personnalité. Il faudrait déterminer les droits et les devoirs qu'elle comporte.

La personnalité juridique n'est pas une notion vide. Elle doit nécessairement avoir un certain contenu.

C'est ce que la Cour a rappelé dans son avis consultatif du 11 avril 1949 sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Alors qu'un État possède, dans leur totalité, les droits et les devoirs reconnus par le droit international, les autres sujets de droit international ne possèdent que des droits et des devoirs en nombre limité et variable.

Dans l'affaire sur laquelle la Cour était consultée, il s'agissait de savoir, non pas si l'Organisation des Nations Unies avait la qualité de sujet de droit international (tout le monde était d'accord pour répondre affirmativement à cette question), mais bien si les droits qu'elle possède lui permettent de réclamer la réparation des dommages subis à son service.

Cela dépendait, pour reprendre les termes de l'avis, « des buts et des fonctions » qui lui ont été attribués.

La Cour a donc été amenée à rechercher si ces buts et ces fonctions, tels qu'ils sont énoncés ou impliqués dans la Charte et tels qu'ils se sont développés dans la pratique, permettent d'affirmer que la personnalité juridique de l'Organisation des Nations Unies comprend le droit de réclamation sur lequel portait la consultation.

Suivant l'expression dont M. le juge Badawi a fait usage dans son opinion dissidente, « il n'y a pas de droit commun pour les personnes internationales. Il y a d'une part les États ... et d'autre part un ensemble de personnes de caractère et de hiérarchie différents. »

J'en reviens alors à l'objection fondamentale à laquelle se heurte nécessairement la thèse soutenue par le professeur Guggenheim et par le Gouvernement indien.

Les insurgés, dit-on, possèdent de plein droit une personnalité internationale. Ils la possèdent en dehors de toute reconnaissance, dès qu'ils ont réussi à établir sur une partie du territoire une administration de fait.

Mais cette affirmation ne résoud aucunement la question. Prétendre que les insurgés ont une personnalité internationale sans déterminer le contenu de cette personnalité, ce n'est pas résoudre le problème, c'est le laisser en suspens. C'est se contenter d'une formule qui, à elle seule, ne possède aucune consistance.

Or quel est, d'après le professeur Guggenheim, le contenu de la personnalité juridique que les insurgés posséderaient sans avoir été reconnus?

Il s'abstient malheureusement de nous le dire. Il se contente de formules extrêmement vagues, comme celle-ci :

« Les insurgés ont, de par l'effectivité de leur ordre juridique, certains droits et devoirs limités. » (T. I, p. 203 de son *Traité*.)

Quels droits? Quels devoirs? Dans quelles limites? Autant de questions auxquelles l'auteur s'abstient de répondre.

Et on comprend très bien qu'il s'abstienne d'y répondre. Il s'abstient d'y répondre parce qu'il lui serait impossible de donner une réponse.

Quand les insurgés sont reconnus comme belligérants, on sait à quoi s'en tenir sur leur statut. C'est le statut de la belligérance. Et le statut de la belligérance est déterminé par le droit international général, par la coutume. C'est donc la coutume internationale qui le fixe.

Quand ils sont reconnus comme insurgés, on sait aussi à quoi s'en tenir. En pareil cas, ce n'est pas le droit international général, ce n'est pas la coutume qui fixent leur statut, car il n'y a pas un statut général d'insurrection. Le statut des insurgés qui ont été reconnus comme tels varie suivant les cas, mais il est tout de même déterminé. Il est déterminé par l'acte de reconnaissance. C'est l'acte de reconnaissance qui détermine le contenu de la personnalité, qui détermine — je reprends la formule du juge Lauterpacht que j'ai signalée précédemment — « les droits et les devoirs qui ont été concédés » à ces insurgés.

Mais quand il n'y a pas de reconnaissance, comment le statut des insurgés pourrait-il être déterminé?

Il ne pourrait pas être déterminé par l'acte de reconnaissance, puisqu'il n'y en a pas.

Il faudrait donc qu'il fût déterminé par le droit international général lui-même, c'est-à-dire par la coutume.

La thèse du professeur Guggenheim, reprise par le Gouvernement indien, ne serait donc acceptable que s'il était démontré que la coutume internationale consacre l'existence d'un statut général d'insurrection et en détermine le contenu.

En d'autres termes, ce qu'il faudrait établir, c'est qu'il existe en ce sens une pratique générale, et j'ajoute — pour rejoindre la pensée du Gouvernement indien — une pratique déterminée par la conviction d'un devoir (*opinio juris sive necessitatis*).

Cette démonstration, personne ne l'a jamais faite, pour l'excellente raison qu'il serait impossible de la faire.

Il est donc inexact de dire que, d'après le droit international général, les insurgés posséderaient une personnalité juridique avant d'avoir été reconnus.

Aussi n'est-il pas surprenant qu'à quelques très rares exceptions près, les juristes soient d'accord pour repousser cette thèse.

« Avant sa reconnaissance par le gouvernement *de jure* ou par les États tiers, le gouvernement local n'apparaît pas dans les relations juridiques internationales. »

J'emprunte cette formule à l'étude de M. le juge Spiropoulos intitulée: *Die de facto Regierung im Völkerrecht* (p. 160). Elle exprime en termes lapidaires une opinion quasi-unanime.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement indien soutient donc que les insurgés auraient une personnalité juridique internationale, même en l'absence de toute reconnaissance. Mais il prétend qu'en fait l'administration insurrectionnelle des enclaves aurait été reconnue.

Reconnue par qui? Reconnue par l'Inde. Ce serait, en tout cas, le seul État qui aurait procédé à cette reconnaissance.

Il est vrai que, aux paragraphes 643 et 646 de sa duplique, le Gouvernement indien semble attribuer au Portugal une espèce de reconnaissance.

On lit au paragraphe 643 que le Portugal ne nie pas l'existence de l'administration locale *de facto* dans les enclaves et qu'en conséquence la Cour se trouve en présence d'un gouvernement « dont l'existence est admise par les deux Parties ».

Et plus loin, au paragraphe 646, il est dit que le Portugal « a reconnu l'existence d'une administration séparée *de facto* dans les enclaves ».

Je crois qu'il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur l'erreur que cette affirmation pourrait faire naître.

Le Gouvernement portugais ne met pas en doute, cela va de soi, qu'il existe en fait dans les enclaves une administration locale qui s'est formée à la suite des coups de force de 1954 et qui se trouve aux mains de ceux qui ont perpétré ces coups de force.

Cette administration n'existerait pas si le Gouvernement de l'Inde n'avait pas empêché le Portugal de rétablir l'ordre à Dadra et à Nagar-Aveli.

Mais comme l'exercice normal de la souveraineté portugaise a été rendu impossible par le refus de l'Inde, les envahisseurs ont eu le champ libre — et ils en ont naturellement profité pour mettre sur pied une administration.

Mais constater ce fait et le reconnaître comme ayant une valeur juridique, ce sont deux attitudes absolument différentes l'une de l'autre.

La rédaction des paragraphes 643 et 646 de la duplique tend à effacer cette distinction et risque ainsi de créer une confusion que je tenais tout de même à signaler.

Si les prétendus insurgés ont bénéficié d'une reconnaissance, ce ne pourrait donc être en tout cas que de la part de l'Inde.

Comment et dans quelles conditions cette reconnaissance aurait-elle eu lieu?

C'est ce qui est exposé au paragraphe 353 du contre-mémoire.

Il s'agirait d'une reconnaissance implicite résultant de certains contacts avec les autorités locales.

Le contre-mémoire précise que ces contacts se réduisent

« au minimum exigé par les rapports locaux journaliers »

et qu'ils ont lieu

« par le truchement des fonctionnaires locaux à propos des questions journalières d'administration, telles que la police, les postes, les transports, etc. ».

D'après le Gouvernement de l'Inde, l'établissement de ces contacts nécessaires équivaudrait à une reconnaissance.

Il ne s'agit pas, précise-t-il, « d'une reconnaissance des autorités locales en tant que gouvernement d'un État, mais bien d'une reconnaissance limitée de ces autorités en tant qu'administration *de facto* provisoire ».

Voilà ce que nous lisons au paragraphe 353 du contre-mémoire, et qui est d'ailleurs confirmé dans la duplique.

Ces affirmations appellent plusieurs remarques.

La première, c'est que les contacts que l'administration indienne a pris, nous dit-on, avec celle des enclaves peuvent difficilement être considérés, semble-t-il, comme équivalant à la reconnaissance d'un gouvernement local *de facto*.

Sans doute la reconnaissance d'un gouvernement *de facto* peut-elle être implicite et résulter de certains faits, sans qu'il y ait une déclaration formelle de reconnaissance.

Mais il faut en tout cas que la volonté de reconnaître ne soit pas douteuse, qu'elle se dégage clairement des mesures qui ont été prises.

C'est ce que constate, entre autres, M. le Président Hackworth, au tome I, paragraphe 53, de son *Digest of International Law*.

Or il ne semble pas qu'une telle volonté se manifeste dans de simples contacts nécessaires, inévitables en somme, comme ceux qui sont mentionnés par l'Inde.

Mais supposons que ces contacts puissent être interprétés comme impliquant une reconnaissance. Quelle serait la portée juridique de cette reconnaissance? Dans quelle mesure attribuerait-elle une personnalité juridique à l'administration locale de fait des enclaves?

Il est de toute évidence que cette personnalité juridique ne pourrait avoir qu'une portée extrêmement restreinte.

D'abord, elle ne concernerait que les rapports des prétendus insurgés avec le Gouvernement indien. Ce n'est pas parce que le Gouvernement indien serait entré en contact avec l'administration locale que celle-ci aurait acquis une personnalité juridique opposable aux autres États.

Sur ce point également, l'avis consultatif de la Cour dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* a eu soin de rappeler la différence qui existe entre une personnalité internationale objective et une personnalité dont la reconnaissance n'a qu'un caractère subjectif.

Après avoir admis que l'Organisation des Nations Unies a le droit de réclamer la réparation des dommages subis à son service lorsque l'État débiteur est Membre de l'Organisation, la Cour s'est demandé s'il en était de même lorsque cet État débiteur n'est pas lié par la Charte. Et voici la réponse que la Cour a donnée à la question:

«...la Cour est d'avis que cinquante États, représentant une très large majorité des membres de la communauté internationale, avaient le pouvoir, conformément au droit international, de créer une entité possédant une personnalité internationale objective — et non pas, seulement une personnalité reconnue par eux seuls... » (C. I. J. *Recueil* 1949, p. 185.)

Si la personnalité internationale de l'Organisation des Nations Unies a un caractère « objectif », pour reprendre la terminologie de la Cour — autrement dit, si cette personnalité est opposable à tous les États, même à ceux qui ne sont pas membres de l'Organisation —, c'est donc parce qu'elle a été créée par la décision collective de cinquante États, représentant une large majorité des membres de la communauté internationale et pouvant être considérés, pour cette raison, comme agissant au nom de cette communauté.

Il est de toute évidence qu'il n'en serait pas de même si la Charte n'avait été l'œuvre que d'un groupe restreint d'États.

Et *a fortiori* ne peut-on prétendre que lorsqu'un seul État a reconnu l'existence d'une administration de fait insurrectionnelle, cette

reconnaissance isolée aurait le pouvoir de transformer ladite administration en une personnalité internationale objective, opposable à tous les États.

Il est donc certain que s'il y a eu reconnaissance de la part de l'Inde et si cette reconnaissance confère à l'administration de fait provisoire des enclaves une certaine personnalité juridique, ce ne peut être que dans ses rapports avec l'Inde elle-même.

D'autre part, cette personnalité juridique, limitée aux rapports personnels avec l'Inde, serait également limitée — cela va de soi — aux matières pour lesquelles les contacts ont été pris.

Comme il n'y a eu aucune reconnaissance explicite, aucune reconnaissance formelle; comme la reconnaissance — à supposer qu'elle existe — ne peut se déduire que de certains contacts de fait, on ne voit pas comment ces simples contacts de fait pourraient se voir attribuer une portée juridique qui les dépasse.

Quel que soit l'angle sous lequel on considère la question, il est donc certain que cette prétendue reconnaissance de l'administration de fait provisoire ne pourrait avoir aucun effet sur le litige dont la Cour est saisie. Elle ne pourrait en avoir aucun, parce que ce litige a pour objet des rapports juridiques entre l'Inde et le Portugal, et des rapports juridiques qui sont totalement étrangers aux relations administratives pour lesquelles le Gouvernement indien est entré en contact avec les prétendus insurgés.

Mais voici une autre question qui se pose et sur laquelle je me permets d'attirer tout particulièrement l'attention de la Cour.

A quel moment la reconnaissance dont nos adversaires font état aurait-elle eu lieu?

L'occupation de Dadrá et celle de Nagar-Aveli datent de l'été 1954 (juillet-août 1954).

Au mois d'avril 1957, le Gouvernement indien a déposé ses exceptions préliminaires.

A ce moment-là, par conséquent, deux ans et huit mois s'étaient écoulés depuis la prétendue insurrection des enclaves.

Or que lit-on au paragraphe 16 du document? Textuellement ceci:

« Les libérateurs goanais de Dadrá et de Nagar-Aveli instituèrent une administration indépendante, avec laquelle, jusqu'à ce jour, le Gouvernement de l'Inde n'est pas en relations. »

Ainsi, deux ans et huit mois après les événements de l'été 1954, il est acquis que le Gouvernement indien n'était pas en relations avec l'administration de fait des enclaves et qu'il ne l'avait donc pas reconnue.

Ces autorités existaient cependant alors depuis longtemps. D'après le rapport de la nouvelle administration qui a été publié au mois d'octobre 1957, une administration provisoire avait été créée peu de temps après les événements de l'été et une assemblée avait été constituée en novembre 1954.

Eh bien, malgré cela le Gouvernement de l'Inde n'était pas entré en relations avec ces autorités de fait.

Et au mois d'avril 1957, quand furent déposées les exceptions préliminaires, la situation était toujours la même. Aucune reconnaissance, aucune relation.

Ce n'est pas le Portugal qui dit cela. C'est le Gouvernement indien lui-même. C'est le Gouvernement indien qui le déclare de la façon la

plus catégorique dans ses exceptions préliminaires; dans l'exposé de la situation qu'il a présenté officiellement à la Cour en avril 1957.

Il faudrait donc admettre que c'est plus tard, après le débat sur les exceptions préliminaires, que la Partie adverse aurait changé d'attitude et qu'elle aurait procédé à cette reconnaissance dont elle se prévaut aujourd'hui pour essayer de faire échec à la demande du Portugal.

C'est dans le contre-mémoire indien qu'apparaît la première trace de ce changement, dans le contre-mémoire qui date du mois de mars 1958, c'est-à-dire onze mois après le dépôt des exceptions préliminaires, et quatre mois après l'arrêt de la Cour statuant sur ces exceptions.

Pourquoi ce changement? Qu'est-ce qui l'explique? Qu'est-ce qui le justifie?

Le Gouvernement indien s'abstient de donner à ce sujet la moindre indication.

Comme je le rappelais il y a un instant, le paragraphe 353 du contre-mémoire se borne à dire que certains contacts ont dû être établis avec les autorités locales des enclaves, mais que ces contacts se réduisent « au minimum exigé par les rapports journaliers, » et qu'ils ont lieu « par le truchement des fonctionnaires locaux, à propos des questions journalières d'administration, telles que la police, les postes, les transports, etc. ».

C'est à ces contacts administratifs nécessaires que l'Inde attribue la valeur d'une reconnaissance.

Puisqu'il s'agit de contacts administratifs nécessaires, il est à présumer que le Gouvernement indien n'a pas attendu près de quatre ans pour les établir. Ces contacts limités aux exigences de la vie quotidienne se sont évidemment formés dès qu'une nouvelle administration a remplacé l'administration portugaise.

Or, au mois d'avril 1957 (dépôt des exceptions préliminaires), le Gouvernement indien a affirmé solennellement qu'il n'était pas en relations avec l'administration de fait des insurgés.

Et lorsqu'aux mois de septembre et d'octobre 1957 la question des exceptions préliminaires a été plaidée devant la Cour, l'Inde n'a apporté aucune rectification à cette affirmation écrite. Nous pouvons donc considérer comme certain qu'aucun changement n'était intervenu à ce moment-là. Nous pouvons considérer comme établi, de l'aveu même de la Partie adverse, qu'en octobre 1957 le Gouvernement de l'Inde n'avait aucunement reconnu l'administration de fait des insurgés et qu'il ne se considérait pas comme entretenant des relations avec elle.

Que se serait-il donc passé postérieurement à cette date?

Le seul changement qui ait pu produire un effet, c'est un changement d'intentions, un changement dans les intentions du Gouvernement indien.

Alors qu'en octobre 1957 celui-ci n'interprétait aucunement son attitude comme ayant la portée d'une reconnaissance, en mars 1958, au moment du dépôt du contre-mémoire, il avait changé son fusil d'épaule.

Le seul fait nouveau qui puisse être relevé, entre ces deux dates, c'est l'arrêt de la Cour du 26 novembre 1957 sur les exceptions préliminaires.

Évidemment c'était pour l'Inde un fait important, puisque cet arrêt l'obligeait à plaider le fond du litige, ce qu'elle espérait éviter. Mais cet événement est sans aucun rapport avec la question qui nous retient en ce moment, c'est-à-dire la question de la reconnaissance.

Mais, disent nos estimés contradicteurs, vous n'avez pas à discuter nos intentions.

« Ce n'est pas au Portugal », lit-on au paragraphe 644 de la duplique, « qu'il appartient de dire si l'Inde a ou n'a pas reconnu les autorités insurgées en tant que gouvernement *de facto*. »

Ainsi nous devrions nous incliner purement et simplement à ce sujet devant les affirmations de notre adversaire.

Je comprends que les intentions de l'Inde puissent trancher la question en ce qui la concerne, que dans ses rapports personnels avec les occupants, ce soit là le facteur décisif.

Mais quand il s'agit d'invoquer cette prétendue reconnaissance contre le Portugal, pour faire échec aux revendications dont la Cour est saisie, alors la prétention de nos estimés contradicteurs devient manifestement insoutenable.

Le Gouvernement de l'Inde fonde son argumentation sur la reconnaissance qu'il aurait accordée aux insurgés. Il fonde sur cette reconnaissance des conclusions qui seraient de nature, d'après lui, à écarter la demande portugaise. Et le Portugal n'aurait pas le droit de demander s'il y a eu vraiment reconnaissance et dans quelles conditions cette reconnaissance est intervenue? Et la Cour elle-même n'aurait pas le droit de se poser la question? Elle devrait accepter, les yeux fermés, les affirmations indiennes sous prétexte que tout dépend ici des intentions de l'Inde et que l'Inde serait seule compétente pour se prononcer sur ses intentions!

Je crois inutile d'insister tant il est évident que cette prétention ne résiste pas à l'examen.

Nous avons parfaitement le droit de constater les variations qui se sont produites au cours de la procédure dans les affirmations du Gouvernement indien au sujet de sa prétendue reconnaissance, et nous avons le droit de tirer de ces variations les conséquences juridiques qu'elles comportent.

Nous avons le droit de constater que cette reconnaissance n'a été imaginée par la Partie adverse que postérieurement au débat sur les exceptions préliminaires, alors qu'au moment de ce débat, le Gouvernement indien donnait l'assurance formelle qu'elle n'existait pas.

De deux choses l'une: ou bien cette prétendue reconnaissance est dépourvue de tout effet sur le litige, ou bien on soutient, au contraire, qu'elle a modifié la situation en ce qui concerne l'exercice du droit de passage.

Si elle est sans pertinence au point de vue de la discussion du litige, la discussion est oiseuse. Et la Cour n'a même pas à la retenir, puisqu'elle ne peut pas influencer sa décision.

Mais si cette reconnaissance est présentée comme justifiant l'attitude de l'Inde à l'égard de la demande portugaise, alors une observation s'impose.

C'est qu'en procédant à cette prétendue reconnaissance entre le mois d'octobre 1957 et le mois de mars 1958, le Gouvernement indien aurait modifié la situation qui existait au moment de la requête introductive d'instance et qui subsistait encore au moment du débat sur les exceptions préliminaires.

Le Gouvernement indien aurait modifié les données du litige, au détriment du Gouvernement portugais, par un acte unilatéral.

Or il est certainement inadmissible qu'une des Parties litigantes détériore en cours d'instance la position juridique de son adversaire par une décision procédant uniquement de sa volonté.

La Cour me permettra d'exprimer ma pensée sous une autre forme.

Si l'affaire avait pu être jugée dans un délai normal, l'argument tiré de la reconnaissance des prétendus insurgés ne serait pas apparu dans le débat.

Près de deux ans s'étaient écoulés depuis le dépôt de la requête lorsque la Cour a rendu son arrêt sur les exceptions préliminaires (exactement un an et onze mois).

Il est normal que dans ce laps de temps une affaire soit instruite et jugée.

Ce sont des circonstances exceptionnelles qui ont gravement retardé la solution du litige. Ce sont des demandes de supplément de délai pour le dépôt des pièces. Et c'est aussi, ne l'oublions pas, l'effort du Gouvernement indien pour éviter le débat sur le fond en soulevant une série d'exceptions préliminaires.

Il serait paradoxal qu'après avoir utilisé ainsi les ressources de la procédure pour différer l'heure de la décision, le Gouvernement indien en profite pour s'abriter derrière un argument dont il aurait été privé si tout s'était passé normalement. J'ajoute: d'un argument forgé de toutes pièces par lui-même, puisqu'il s'agit d'une interprétation nouvelle qu'il a soudainement donnée à ses contacts de fait avec les autorités locales.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quoi qu'on pense du droit des États tiers de reconnaître les insurgés, il y a un point qui échappe à toute discussion: c'est que pareille reconnaissance ne peut avoir qu'un caractère provisoire et qu'elle n'affecte en rien la souveraineté de l'État au sein duquel l'insurrection a éclaté.

Le conflit qui met aux prises le gouvernement légal et les insurgés est une affaire intérieure. C'est une contestation qui est étrangère aux autres États et dans laquelle ceux-ci n'ont pas à s'immiscer.

Le conflit peut avoir des répercussions qui affectent les intérêts de ces autres États, et c'est pour cette raison que le droit international leur permet de prendre certaines mesures de protection comportant éventuellement la reconnaissance du parti insurgé comme belligérant ou comme administration de fait provisoire.

Mais ces mesures prises par les États tiers ne peuvent pas entamer le fond du débat qui oppose le gouvernement légal et les insurgés.

Si un État tiers prenait une autre attitude, s'il reconnaissait le parti insurgé comme étant le gouvernement légal, le gouvernement *de jure*, le gouvernement définitif du territoire contesté, il commettrait sans aucun doute un acte illicite. Il se livrerait à une véritable intervention contraire aux prescriptions du droit international.

Entre la reconnaissance des autorités locales insurgées comme administration de fait provisoire et leur reconnaissance comme gouvernement légal, il y a une différence capitale.

La première reconnaissance n'affecte pas l'État lui-même, elle ne concerne que les organes qui administrent le territoire de l'État.

La seconde, au contraire, s'attaque, si je puis dire, à la substance même de l'État.

Reconnaître les autorités insurgées comme gouvernement *de jure*, c'est admettre la mutilation du territoire de l'État. C'est admettre qu'une partie du territoire national a été soustraite à cet État soit pour former un État nouveau, soit pour arrondir le territoire d'un autre État.

En d'autres termes, c'est trancher le débat qui s'est élevé entre le gouvernement légal et les insurgés. C'est trancher la question de souveraineté qui forme l'objet de ce débat.

Les États tiers doivent incontestablement s'en abstenir.

Que le souverain légal ait le droit de s'opposer à l'action des insurgés et d'essayer de rétablir l'ordre troublé par la rébellion, personne ne peut le mettre en doute. L'insurrection provoque donc une épreuve de force.

Le jour où cette épreuve de force aurait abouti à la victoire certaine des insurgés, les États tiers auraient le droit de considérer la controverse comme résolue.

Ce jour-là, ils pourraient reconnaître les conséquences de la victoire des insurgés, c'est-à-dire la réalisation du but qu'ils poursuivaient.

Mais jusque-là, toute reconnaissance de ce genre serait évidemment prématurée et porterait gravement atteinte aux droits du souverain légal.

C'est là un principe fondamental universellement reconnu.

Je ne voudrais pas abuser des instants de la Cour par des citations d'auteurs. Il y en a une qui figure au paragraphe 614 de la duplique indienne. Elle est empruntée au livre de M. le juge Lauterpacht : *Recognition in International Law*.

Le gouvernement légal, dit l'auteur :

« a droit au maintien d'une reconnaissance *de jure* aussi longtemps que la guerre civile, quelles que soient ses perspectives, se poursuit. Tant que le gouvernement légal oppose une résistance qui n'est pas manifestement sans espoir ou pour la forme, la reconnaissance *de jure* du groupe révolutionnaire en tant que gouvernement constitue une reconnaissance prématurée que le gouvernement légal considère comme un acte d'intervention contraire au droit international. »

L'auteur insiste sur ce principe à différentes reprises. Il le fait notamment à la page 93, où il cite en note une série de références, il le fait à la page 279 et à la page 283 où il s'exprime de la manière que voici :

« Il est universellement admis que dans le cas d'une guerre civile ou d'une guerre de sécession, il est contraire au droit international d'accorder au groupe insurgé une pleine reconnaissance comme gouvernement ou comme État. Aussi longtemps que la contestation n'a pas été définitivement tranchée en faveur du parti rebelle, la reconnaissance est prématurée et illicite. »

Je crois inutile d'insister, et il ne semble pas d'ailleurs que la Partie adverse conteste le principe lui-même.

Les précisions qu'elle avait données au sujet de son attitude au paragraphe 353 du contre-mémoire paraissent au contraire indiquer que, consciente de ce principe, elle entendait le respecter.

J'ai déjà eu l'occasion de me référer à ce paragraphe. Il concerne les contacts que le Gouvernement de l'Inde déclare avoir établis avec les autorités de fait des enclaves pour le règlement de certaines questions administratives journalières.

Et voici comment le contre-mémoire interprète cette reconnaissance. C'est « seulement — dit-il — une reconnaissance limitée de ces autorités en tant qu'administration *de facto* provisoire ayant l'autorité effective sur le territoire de Dadrá et de Nagar-Aveli ».

Il ne s'agit pas d'une « reconnaissance en tant que gouvernement d'un État ».

Cette formule semblait bien indiquer que l'Inde, quels que soient les vœux qu'elle forme pour le succès des prétendus insurgés, ne songeait

pas à leur accorder une reconnaissance définitive comme gouvernement d'un État.

Cette formule semblait bien indiquer qu'à cet égard, tout au moins, le Gouvernement de l'Inde ne songeait pas à franchir les limites que le droit international lui impose.

Malheureusement, nous avons trouvé dans le même contre-mémoire d'autres passages qui nous ont paru beaucoup moins rassurants.

C'est ainsi qu'aux paragraphes 233 et 237, où il est fait mention de certaines requêtes invitant l'Inde à incorporer les enclaves dans son propre territoire, il était dit que le Gouvernement indien avait observé « jusqu'ici » une attitude de réserve à l'égard de ces sollicitations.

Ce « jusqu'ici » paraissait inquiétant. L'Inde ne voulait-elle pas se ménager ainsi la faculté de reconnaître les autorités insurgées, non plus comme une simple administration de fait provisoire, mais comme un gouvernement *de jure*?

Nous nous sommes donc permis de poser la question dans notre réplique.

Que cette question ait embarrassé la Partie adverse, il suffit de lire sa duplique pour en être convaincu.

Que répond-elle en effet à notre question? Elle ne répond rien, elle se dérobe. Nous verrons dans un instant les arguments qu'elle avance pour expliquer ce silence. Mais constatons tout de suite qu'elle refuse de donner à cet égard une assurance quelconque.

Est-il exagéré d'interpréter cette attitude comme laissant présager un nouveau glissement de la politique indienne?

En 1957 (lors des exceptions préliminaires) on avait donné l'assurance formelle que le Gouvernement de l'Inde n'avait aucune relation avec les autorités de fait des enclaves.

En 1958 (contre-mémoire), cette absence de relations a fait place à une reconnaissance limitée des autorités locales comme administration de fait provisoire.

Et voilà maintenant qu'on laisse entrevoir la possibilité d'un nouveau changement qui serait beaucoup plus grave assurément, puisqu'il s'agirait cette fois, ni plus ni moins, de prendre position sur le fond du débat, en faveur des insurgés et à l'encontre du gouvernement légal.

C'est aux paragraphes 615, 616, 624 et 625 de la duplique que le Gouvernement indien essaie de justifier son refus de précision.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, avant d'examiner les raisons qui sont données par le Gouvernement indien pour justifier son refus de nous répondre, il me paraît nécessaire de relever une certaine ambiguïté dans la façon dont il s'exprime. D'après le paragraphe 615 de la duplique, la question posée par le Portugal viserait toute modification ultérieure possible de l'attitude indienne, toute reconnaissance qui aurait lieu par la suite à un moment quelconque.

Entendons-nous bien, il va de soi que la question posée par le Portugal ne vise que la période pendant laquelle le conflit entre le gouvernement légal et les prétendus insurgés n'est pas définitivement réglé. Le jour où ce conflit serait liquidé et où il le serait au profit des insurgés, ce jour-là ceux-ci auraient gagné définitivement la partie, la position des États tiers serait toute différente; il ne s'agirait plus alors pour eux de reconnaître une administration de fait provisoire, mais bien un changement légal de souveraineté.

Nous n'avons jamais demandé au Gouvernement indien de se lier pour le jour où cette éventualité se produirait. A l'heure actuelle elle ne s'est

pas produite et nous avons la ferme conviction qu'elle ne se produira jamais. Tout ce que nous disons, c'est que l'Inde commettrait une violation flagrante du droit international, si elle prenait position sur le fond du débat en reconnaissant les prétendus insurgés comme gouvernement légal, aussi longtemps que la contestation n'est pas liquidée.

Ce qui se passerait dans une autre hypothèse ne fait point partie du procès. Mais aussi longtemps que la situation provisoire actuelle subsiste, nous avons parfaitement le droit de nous assurer que le Gouvernement indien ne méconnaîtra pas les obligations internationales qui s'imposent à lui, en reconnaissant les autorités locales des enclaves autrement que comme une simple administration de fait provisoire.

Nous avons le droit de demander cette assurance pour plusieurs raisons.

La première, c'est que nous avons déjà assisté, comme je le rappelais il y a un instant, à des changements d'attitude de l'Inde dans ses relations avec les prétendus insurgés.

La deuxième, c'est que la réponse faite à notre demande d'éclaircissement est loin d'être rassurante et qu'elle est même de nature à aggraver notre attitude, comme je le montrerai un peu plus tard.

Et la troisième raison, enfin, est que, pour justifier son interdiction de transit, le Gouvernement de l'Inde invoque la situation actuelle, et qu'il soulève ainsi lui-même la question de savoir ce qui caractérise cette situation. Toute la quatrième partie de la duplique est consacrée à cette prétention.

Le Gouvernement de l'Inde, se plaçant dans l'hypothèse où la Cour reconnaîtrait l'existence de notre droit de passage, nous oppose la présence d'une administration de fait insurrectionnelle dans les enclaves, et c'est en raison de cette situation particulière que, d'après lui, nous serions privés d'exercer notre droit de passage. Mais il est clair que, pour apprécier cette prétention, il est indispensable de définir la situation qu'on nous oppose, d'en connaître exactement le caractère et la portée. Il est indispensable, notamment, de savoir si cette situation est provisoire ou définitive, si elle comporte ou non un changement de souveraineté qui permettrait à l'Inde de prendre, vis-à-vis des prétendus insurgés, une autre attitude que celle d'une reconnaissance provisoire à titre de simple administration de fait.

Si la situation qui est invoquée par l'Inde a un caractère provisoire, toute reconnaissance de cette situation doit avoir le même caractère. Elle ne peut être, elle aussi, que provisoire.

Si, au contraire, la situation avait un caractère définitif, c'est tout le procès qui serait jugé. C'est tout le procès qui serait jugé, parce que la conséquence de cette victoire définitive des insurgés serait que le Portugal aurait perdu la souveraineté sur les enclaves. Et comme le droit de passage revendiqué par le Portugal n'est que le corollaire de sa souveraineté sur les enclaves, il est évident que du même coup toute la demande portugaise tomberait.

Et nous n'aurions pas le droit de demander l'assurance que la reconnaissance de l'administration insurgée par l'Inde gardera le caractère provisoire qui lui a été donné jusqu'ici? Nous n'aurions pas le droit de demander cette assurance, alors que les déclarations du Gouvernement de l'Inde sont incontestablement de nature à faire naître les plus graves soupçons?

Ce que l'Inde répond à notre demande ne calme aucunement nos inquiétudes et, au contraire, les aggrave.

La Partie adverse déclare en somme ceci :

« Je ne vous dirai pas quelles sont mes intentions, et je n'ai pas à le dire parce que cela ne vous regarde pas. »

Comme j'en ai fait la remarque, cette réponse serait justifiée s'il s'agissait des intentions de l'Inde dans l'hypothèse où le Portugal aurait perdu ses droits de souveraineté sur les enclaves. Mais il ne s'agit pas de cela. Il s'agit uniquement d'un changement d'attitude éventuel de l'Inde avant la liquidation de l'épreuve qui oppose le gouvernement légal aux prétendus insurgés.

Or, la Partie adverse refuse également de se prononcer sur ses intentions à cet égard. Elle confond ou elle trouve commode de confondre les deux hypothèses et de se dérober ainsi à toute explication. Cette attitude à elle seule justifierait nos craintes.

Si l'Inde était décidée à ne pas dépasser les limites de la reconnaissance qu'elle prétend avoir accordée aux insurgés, on voit mal pour quels motifs elle ne le dirait pas tout simplement. Quelle difficulté pourrait-elle éprouver à confirmer les déclarations si précises qui figurent au paragraphe 353 de son contre-mémoire ?

Le simple refus de le faire, alors qu'elle en est sollicitée, ne peut être interprété que comme un signe d'assez mauvais augure.

Mais la lecture de la duplique fait apparaître d'autres signes qui sont encore beaucoup plus inquiétants et qui appellent même une protestation catégorique, car il s'agit d'affirmations absolument insoutenables.

Ces affirmations figurent au paragraphe 612.

Les voici :

« L'insurrection a pris fin et l'établissement d'une nouvelle organisation politique dans les enclaves est réalisée.

La thèse portugaise selon laquelle son titre *de jure* à la souveraineté sur les enclaves existe toujours est, dans les circonstances présentes, dénuée de signification.

L'insurrection étant achevée et la nouvelle organisation politique créée par les rebelles s'étant manifestement établie et s'étant organisée, aucune règle de droit international n'empêche les États tiers — s'ils le désirent — de reconnaître la nouvelle administration à la fois *de facto* et *de jure* comme étant le gouvernement des enclaves, le gouvernement d'un Saint-Marin embryonnaire. »

Cette fois, la Cour le voit, la pensée du Gouvernement indien se révèle plus clairement.

Sans aller jusqu'à dire que le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi se propose de reconnaître les insurgés comme gouvernement légal des enclaves, il déclare formellement qu'il pourrait le faire, qu'il a le droit de le faire, et cela, dans les conjonctures actuelles, sans que la situation de fait se modifie.

Pourquoi ? Parce que, d'après lui, cette situation n'est plus provisoire ; parce que c'est une situation définitive ; parce que l'épreuve de force, provoquée par la prétendue insurrection, serait liquidée au profit des insurgés et que par conséquent le Portugal aurait perdu son droit de souveraineté sur Dadrá et sur Nagar-Aveli.

Nous touchons évidemment à un point crucial.

Si cette thèse était admise, comme je le disais tout à l'heure, le Portugal n'aurait plus aucun titre à faire valoir pour revendiquer un droit de transit entre Damão et les enclaves.

Il suffirait que la Cour constate la chose pour débouter le demandeur de son action.

Le procès serait fini.

On ne peut pas s'empêcher, à cet égard, d'éprouver un certain étonnement.

Car enfin, si le Gouvernement indien est convaincu de ce qu'il avance au paragraphe 612, comment ne fait-il pas de cette thèse la base essentielle de sa défense? Ce serait si simple et si décisif!

« Vous avez perdu votre souveraineté sur les enclaves; par conséquent votre droit de passage n'existe plus, en admettant qu'il ait jamais existé. »

Et alors, il deviendrait inutile de soulever toutes les questions que la Partie adverse a introduites dans le débat.

Avec une ingéniosité et une subtilité d'esprit auxquelles il faut rendre hommage, le Gouvernement de l'Inde a accumulé les thèses pour essayer de nous faire trébucher. Il nous a entraînés dans un labyrinthe d'arguments de toute espèce, alors qu'il avait à sa disposition un argument sans réplique, un argument devant lequel toutes les prétentions du Portugal devaient nécessairement s'écrouler, à condition, bien entendu, que cet argument fût fondé.

N'est-il pas vraiment étrange qu'on ne découvre cet argument que dans un des derniers paragraphes de la duplique, et encore sous une forme si discrète qu'il pourrait facilement passer inaperçu?

[Audience publique du 5 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai eu l'honneur, à la fin de la dernière audience, d'attirer l'attention sur l'opinion émise par le Gouvernement de l'Inde au paragraphe 612 de sa duplique.

Cette opinion consiste à dire que la prétendue insurrection de Dadra et de Nagar-Aveli aurait pris fin, qu'elle serait définitivement liquidée au profit des insurgés et que, par conséquent, les États tiers auraient le droit maintenant de reconnaître l'administration des enclaves non plus comme une administration de fait provisoire, mais bien comme le gouvernement légal d'un État.

Cette opinion, je crois l'avoir démontré, est manifestement indéfendable. Et s'il y a un gouvernement qui est peu qualifié pour l'exprimer, c'est bien assurément le Gouvernement de l'Inde puisque c'est lui qui, en isolant les enclaves du reste du territoire portugais, a matériellement empêché les autorités légales d'y rétablir l'ordre troublé.

D'autres réflexions viennent d'ailleurs à l'esprit quand on lit ce paragraphe 612.

L'insurrection a pris fin, dit-on, et par conséquent la nouvelle administration peut être reconnue *de jure*.

Il serait intéressant de savoir à quel moment ce changement s'est produit — à quel moment ce qui n'était qu'une administration provisoire est devenu un gouvernement de droit; successeur du Portugal comme souverain des enclaves.

Au mois de mars 1958, quand il a présenté son contre-mémoire; le Gouvernement de l'Inde a insisté sur le caractère limité de la reconnaissance qu'il prétend avoir donnée à l'administration locale.

Il ne l'a pas reconnue, dit-il, comme un gouvernement d'État, mais simplement comme une administration de fait provisoire.

Que s'est-il donc passé depuis lors qui permettrait d'affirmer que le provisoire a pris fin et que le conflit entre le souverain légal et les prétendus insurgés se trouve liquidé?

On ne nous le dit pas, et pour autant que nous en soyons informés il ne s'est rien passé du tout.

Autre observation. Le paragraphe 612 de la duplique parle de la reconnaissance de la nouvelle administration comme étant le gouvernement d'un « Saint-Marin embryonnaire ».

J'ai déjà eu l'occasion de signaler cette formule.

Mais qu'est-ce que c'est qu'un « Saint-Marin embryonnaire » et en quoi cette notion correspond-elle à la réalité?

En l'utilisant, nos estimés contradicteurs ont voulu présenter les enclaves comme formant — ou comme devant former — un nouvel État souverain.

Mais si telle est bien leur pensée, la façon dont ils interprètent l'action des prétendus insurgés est certainement inexacte. Car la prétendue insurrection n'a pas eu du tout pour objectif de créer un nouvel État souverain. L'objectif qu'elle a poursuivi est tout autre. Comme je l'ai déjà signalé et comme je l'établirai plus tard quand je parlerai des prétentions de l'Inde à la neutralité dans le conflit entre le Portugal et les soi-disant insurgés, le but de l'insurrection a été clairement et publiquement affirmé: c'est d'annexer les enclaves au territoire de l'Inde.

Alors, si des États tiers étaient convaincus que l'insurrection a pris fin, qu'elle a définitivement triomphé, ce n'est pas un nouveau Saint-Marin qu'ils pourraient reconnaître, c'est l'incorporation des enclaves portugaises au territoire indien.

Car la situation juridique nouvelle qui peut être reconnue après la victoire des insurgés, ce n'est pas une situation juridique quelconque, ce n'est pas une situation juridique imaginée par celui qui reconnaît, c'est la situation juridique que les insurgés ont voulu créer, c'est la situation juridique qu'ils ont voulu réaliser.

Seulement, il est compréhensible que le Gouvernement de l'Inde recule devant la déclaration qu'il devrait faire logiquement. La déclaration qu'il devrait faire logiquement, c'est que, l'insurrection étant terminée, d'après lui, l'Inde a le droit d'incorporer à son territoire les enclaves portugaises. En d'autres termes, de réaliser contre la volonté du Portugal une annexion qu'elle a vainement essayé d'obtenir par la persuasion et la négociation.

Une déclaration de ce genre serait peut-être un peu gênante et on préfère parler d'un nouveau Saint-Marin et donner ainsi à l'exposé de la thèse indienne une apparence de désintéressement.

Mais — et nous arrivons à l'essentiel — comment pourrait-on soutenir que le conflit entre le souverain légal et les prétendus insurgés aurait pris fin par la victoire de ces derniers? :

Que faut-il pour qu'une crise insurrectionnelle soit liquidée?

Il faut, ou bien que le gouvernement légal ait renoncé à ses droits, ou bien qu'il soit définitivement battu dans la lutte qui l'oppose aux insurgés; qu'il n'ait plus, en fait, aucune chance de rétablir l'ordre troublé. Il ne suffit pas que les insurgés aient remporté un premier succès. Même si ce succès initial est considérable, et même s'il se prolonge, la crise insurrectionnelle ne prendra fin que le jour où tout espoir raisonnable de voir la situation se modifier aura disparu.

Dira-t-on que le Portugal a renoncé à ses droits? Et dira-t-on que son inaction équivaut à un abandon ou à un aveu d'impuissance?

Que le Portugal n'ait jamais entendu s'incliner devant le coup de force dont il a été victime, toute son attitude le prouve.

Dans sa note de protestation du 24 juillet 1954, adressée au Gouvernement de l'Inde lors de l'invasion de Dadrá (annexe 50 du mémoire), il a pris soin de souligner que ses droits de souveraineté ne pouvaient pas être atteints par cette usurpation violente.

Et il n'a pas cessé depuis lors de maintenir fermement cette position. La requête dont il a saisi la Cour le 22 décembre 1955 et toute la procédure qui s'en est ensuivie le démontrent surabondamment.

Dira-t-on par ailleurs qu'il a été vaincu en fait dans ses efforts pour reprendre en main la situation légale?

Mais comment pourrait-on le dire, alors qu'il a été empêché de prendre les mesures nécessaires à cet effet?

Et, comme je le disais tout à l'heure, si un gouvernement est peu qualifié pour soutenir une opinion aussi manifestement contraire à la réalité, c'est bien assurément le Gouvernement de l'Inde, puisque c'est à cause de lui que le Portugal se trouve depuis 1954 dans l'impossibilité matérielle d'exercer ses droits souverains à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Ce sont les mesures qui ont été prises par l'Union indienne qui ont paralysé le Portugal et qui continuent à le faire.

Après avoir manqué à ses obligations internationales en ne prenant aucune disposition pour protéger les enclaves contre une entreprise de partisans organisée et déclenchée sur son territoire; bien plus, après avoir aggravé à ce moment-là les restrictions qu'elle avait déjà apportées au transit portugais et qui ne pouvaient pas manquer d'affecter en cas d'alerte les moyens de résistance du Portugal dans les enclaves, l'Union indienne n'a cessé d'opposer un refus catégorique à toutes les demandes de passage du souverain légal. Elle l'a fait dès le début, à un moment où aucune administration de fait n'avait encore été organisée dans les enclaves, à un moment où les opérations contre Nagar-Aveli n'avaient même pas encore commencé.

Et depuis lors, elle n'a pas cessé d'user de ses pouvoirs pour mettre les prétendus insurgés à l'abri de toute action du souverain légal.

Et elle viendrait soutenir aujourd'hui que la crise est liquidée, que l'épreuve a pris fin, que la victoire des insurgés et l'élimination juridique du souverain légal se trouvent consommées!

Je crois inutile d'insister davantage sur l'extravagance d'une pareille prétention.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, avant de poursuivre mon exposé et d'examiner les thèses qui sont développées par la Partie adverse pour soutenir que l'exercice de notre droit de passage devrait être suspendu dans les circonstances actuelles, je crois bon de résumer brièvement les conclusions que je me suis efforcé de mettre en lumière jusqu'ici.

I. La première de ces conclusions concerne l'interprétation des événements dont Dadrá et Nagar-Aveli ont été le théâtre. D'après la Partie adverse, il s'agirait d'une insurrection générale de la population de ces enclaves.

Nous contestons formellement l'exactitude de cette version qui repose uniquement sur les allégations des envahisseurs et de leurs partisans et dont je crois avoir démontré l'invraisemblance.

2. Considérant néanmoins l'hypothèse avancée par le Gouvernement indien, j'ai essayé de dégager certains principes de droit et certaines considérations de fait qui domineraient la situation juridique des Parties, s'il y avait réellement insurrection.

3. Un de ces principes est que les insurgés ne pourraient avoir une personnalité juridique internationale que s'ils bénéficiaient d'une reconnaissance.

4. La question se pose donc de savoir s'ils ont été reconnus, par qui ils l'ont été et dans quelle mesure cette reconnaissance éventuelle leur confère des droits sur le plan international.

5. Qu'ils n'aient pas été reconnus comme belligérants, le Gouvernement indien ne le conteste pas. Mais il prétend qu'il les aurait lui-même reconnus comme administration de fait provisoire des enclaves, en établissant avec eux certains contacts pour le règlement de question administratives journalières.

6. Cette reconnaissance — si reconnaissance il y a — serait le fait exclusif de l'Inde, aucun autre État n'ayant reconnu l'administration insurgée à un titre quelconque.

7. Nous soutenons, en premier lieu, que les contacts dont le Gouvernement indien fait état ne doivent pas être interprétés comme équivalant à une reconnaissance.

8. Nous soutenons, en deuxième lieu, que, s'il en était autrement, cette reconnaissance aurait en tout cas une portée extrêmement restreinte; qu'elle ne concernerait que les rapports des insurgés avec le Gouvernement indien et qu'elle se limiterait aux matières administratives pour lesquelles des contacts de fait ont été pris.

9. Nous constatons, d'autre part, que, de l'aveu même du Gouvernement indien, cette reconnaissance n'existait pas au moment où la Cour a été saisie du litige, ni même au moment du débat sur les exceptions préliminaires.

Or, une Partie litigante n'a certainement pas le droit de détériorer la position juridique de son adversaire, en cours d'instance, par un acte unilatéral ne dépendant que de sa volonté.

Nous trouvons donc dans cette circonstance une raison supplémentaire — et à elle seule décisive — pour refuser à la prétendue reconnaissance des insurgés par le Gouvernement de l'Inde tout effet sur l'exercice du droit de passage revendiqué par le Portugal.

10. Je crois avoir démontré par ailleurs que si les États tiers peuvent, dans certaines conditions, reconnaître des autorités insurgées comme administration de fait provisoire, il leur est certainement interdit de donner à leur reconnaissance une portée qui dépasserait ces limites, qui empiéterait sur les droits souverains du gouvernement légal.

Aussi longtemps que la crise insurrectionnelle n'est pas liquidée au profit des insurgés — et il est manifestement impossible de soutenir qu'elle le serait en l'espèce — les États étrangers commettraient une grave infraction à leurs obligations vis-à-vis du souverain légal en reconnaissant la situation des insurgés comme ayant une valeur définitive.

II. Je crois avoir enfin établi que cette question, loin d'être étrangère au litige comme on l'affirme de l'autre côté de la barre, en constitue une pièce essentielle et qu'il serait absolument inadmissible de reconnaître à l'Inde le droit de suspendre l'exercice de ses obligations de transit en raison des circonstances présentes, tout en lui réservant la faculté de consolider l'obstacle dont elle se prévaut et même de modifier fondamentalement le différend soumis à la Cour, en substituant à la situation provisoire actuelle une situation définitive qui abolirait le droit de passage du Portugal en abolissant la souveraineté dont ce droit n'est que l'accessoire.

Après avoir dégagé les principes à la lumière desquels l'argumentation du Gouvernement indien doit être appréciée, il me reste à considérer les thèses qui sont exposées par ce Gouvernement pour soutenir que le droit de passage du Portugal ne serait pas applicable dans les circonstances présentes.

Ces thèses sont au nombre de quatre — ou même peut-être de cinq, car on peut se demander si la duplique, après avoir repris les quatre thèses qui étaient déjà énoncées dans le contre-mémoire, n'y ajoute pas une cinquième thèse à laquelle elle donne, il est vrai, une forme moins accentuée.

Les quatre thèses du contre-mémoire sont les suivantes :

1) L'Inde ne serait pas obligée de livrer passage au Portugal, en raison des dangers qui en résulteraient pour son ordre intérieur. (Cette thèse est exposée au paragraphe 345 du contre-mémoire, elle est reprise aux paragraphes 627 à 634 de la duplique.)

2) La deuxième thèse consiste à dire qu'en cas de guerre civile ou d'insurrection, les États étrangers peuvent adopter une attitude de neutralité entre le gouvernement légal et les rebelles. (Contre-mémoire, paragraphes 347 à 349; duplique, paragraphes 635 à 638.)

3) La troisième thèse se fonde sur les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. (Contre-mémoire, paragraphes 350 et 351; duplique, paragraphes 639 à 641.)

4) La quatrième thèse se base sur le fait que la contestation dont la Cour est saisie ne concernerait pas uniquement le Portugal et l'Inde, mais affecterait aussi une troisième entité, à savoir le gouvernement *de facto* des enclaves. De cette circonstance, le Gouvernement indien croit pouvoir déduire que la Cour ne pourrait pas statuer sur la demande du Portugal. (Cette thèse est exposée aux paragraphes 352 à 357 du contre-mémoire et aux paragraphes 642 à 649 de la duplique.)

Quant à la cinquième thèse, qui semble avoir été ajoutée aux quatre précédentes, c'est au paragraphe 650 de la duplique qu'elle apparaît sous la forme d'une référence à la doctrine *rebus sic stantibus*.

La Cour me permettra de ne pas suivre exactement, dans mon exposé, l'ordre qui a été adopté par la Partie adverse.

Je voudrais, en effet, réserver pour la fin l'examen de la thèse qui figure en tête du contre-mémoire et de la duplique, thèse qui est fondée sur les exigences de l'ordre intérieur de l'Inde.

Et si je crois préférable d'agir ainsi, c'est que, pour cette partie de l'argumentation indienne, notre point de vue est moins éloigné de celui de nos estimés contradicteurs que sur les autres points.

L'argument de la neutralité, celui qui est tiré du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, celui qui se fonde sur les intérêts d'une administration locale *de facto* pour mettre en échec la compétence de la Cour et, enfin, l'argument lié à la doctrine *rebus sic stantibus* — tous ces arguments nous paraissent franchement inacceptables.

En revanche, en ce qui concerne la nécessité de sauvegarder l'ordre intérieur de l'Inde, ce qui nous sépare, c'est plutôt une question de fait qu'une question de principe. Et c'est pourquoi je préfère avoir débarrassé le terrain avant de préciser notre position à cet égard.

La première thèse du Gouvernement indien à laquelle je voudrais m'arrêter est celle qui consiste à dire qu'en présence d'une guerre civile ou d'une insurrection, les États tiers ont le droit d'adopter une attitude de complète neutralité entre le gouvernement et les rebelles.

Qu'il me soit permis, avant tout, de formuler certaines réserves au sujet du principe tel qu'il est ainsi énoncé.

Tout le monde est d'accord pour admettre qu'une fois que les insurgés sont reconnus comme belligérants, le régime de la neutralité devient applicable et que les États qui ont procédé à cette reconnaissance doivent donc se conformer aux devoirs de cette neutralité.

Mais, comme je l'ai déjà signalé, en l'espèce il n'y a aucune reconnaissance de belligérance et le Gouvernement de l'Inde lui-même le déclare.

La question est donc de savoir si le principe exprimé par nos estimés contradicteurs est exact en l'absence d'une reconnaissance de belligérance. Et là il faut bien constater que la question est plus douteuse. Une partie de la doctrine est d'avis qu'en pareil cas les États tiers n'ont d'obligations que vis-à-vis du gouvernement légal. C'est le principe qui a été consacré par l'Institut de droit international, dans ses résolutions de 1900 sur « les droits et les devoirs des Puissances étrangères en cas de mouvement insurrectionnel ». C'est le même principe qui domine tout aussi nettement la convention interaméricaine de La Havane de 1928 sur « les droits et les devoirs des États en cas de guerre civile ».

Il est vrai que la pratique révèle parfois une tendance qui s'accorde mal avec ce principe.

Comme je le disais il y a un instant, nous sommes en présence d'une question dont la solution est loin d'avoir été dégagée d'une manière précise et convaincante.

Au paragraphe 608 de sa duplique, le Gouvernement de l'Inde exprime son opinion dans les termes suivants :

« Cela ne signifie pas que l'Inde estime que la reconnaissance d'insurrection entraîne la mise en œuvre de tous les droits et devoirs de la « neutralité » au sens technique du mot. Mais la pratique de la guerre civile espagnole, de même que la pratique antérieure, démontre très clairement qu'un État, sans reconnaître la belligérance, est en droit de prendre des mesures pour éviter que son territoire et ses nationaux ne soient entraînés dans le conflit. »

Nous ne sommes pas éloignés de nous rallier à cette opinion.

Que signifie-t-elle en effet ?

Elle signifie d'une part que le régime de la neutralité comme tel n'est pas applicable quand il n'y a pas reconnaissance de belligérance. Elle signifie, d'autre part, que, sans appliquer le régime juridique de la neutralité, les États qui se sont bornés à une reconnaissance d'insurrection sont en droit de prendre certaines mesures de protection qui

peuvent se confondre matériellement avec celles que le régime de la neutralité prescrit.

Mais ici deux observations me paraissent nécessaires.

La première, c'est qu'une autre thèse du Gouvernement indien se réfère, nous l'avons vu, aux exigences de sa sécurité et de son ordre intérieur. C'est la thèse que j'examinerai en dernier lieu. Pour le moment, il est préférable, me semble-t-il, de ne pas entrer dans cet ordre de considérations, afin d'éviter des redites et des confusions possibles. Car s'il est vrai que les mesures de sécurité se confondent parfois matériellement avec l'application des règles de la neutralité, il s'agit cependant de deux notions distinctes et qui doivent être examinées séparément.

Ce qui est en cause dans l'espèce actuelle, c'est le passage de forces portugaises à travers le territoire indien pour rétablir l'ordre légal dans les enclaves. L'Inde prétend avoir le droit de s'opposer à ce passage.

Mais cette mesure (l'interdiction du passage des forces armées) peut être envisagée sous deux aspects différents. Elle peut être envisagée comme une application du régime de la neutralité, c'est-à-dire comme une mesure que l'Inde aurait l'obligation de prendre en sa qualité d'État neutre, et elle peut être envisagée, d'autre part, comme une mesure de sécurité, que le Gouvernement de l'Inde serait *en droit* de prendre pour éviter que sa sécurité et son ordre intérieur ne soient lésés.

Extérieurement, matériellement, il s'agit toujours de la même mesure, seulement la justification qu'on en donne dans un cas est toute différente de celle qu'on en donne dans l'autre.

Je pense donc qu'il convient de ne pas créer de confusion et je voudrais, pour le moment, ne retenir que ce qui concerne les devoirs de la neutralité proprement dite, laissant pour plus tard l'examen de la question de sécurité.

Voilà la première remarque.

La seconde, c'est qu'il y a, au point de vue des obligations de l'État tiers — en l'espèce au point de vue des obligations de l'Inde —, une différence essentielle entre les mesures de sécurité que cet État peut être amené à prendre et les mesures de neutralité qu'il est obligé de prendre en cas de reconnaissance de belligérance.

Quand l'État a reconnu les insurgés comme belligérants, il a l'obligation de se conformer au régime de la neutralité tel que le droit international le prescrit. Les mesures qu'il prend en pareil cas sont des mesures qui lui sont imposées par le droit international.

Il en va tout autrement quand il n'y a pas reconnaissance de belligérance, mais simplement reconnaissance d'insurrection. L'État est libre alors de ses décisions. S'il estime que telle mesure de protection est utile, qu'elle est conforme aux intérêts dont il a la charge, il peut la prendre. Mais rien ne l'oblige à le faire.

C'est d'ailleurs ce que le Gouvernement indien déclare précisément au paragraphe 608 de sa duplique, que je lisais tout à l'heure :

« La pratique ... démontre » — dit-il — « ... qu'un État, sans reconnaître la belligérance, est *en droit* de prendre des mesures pour éviter, etc. »

« Est en droit » : il s'agit donc d'une faculté et non d'une obligation.

Nous sommes d'accord sur ce point et je crois qu'il n'était pas sans intérêt de le souligner.

Cela dit, une question se pose tout naturellement: qu'arrivera-t-il quand la mesure envisagée entre en conflit avec une obligation préexistante de l'État tiers?

L'Inde a vis-à-vis du Portugal l'obligation de ne pas s'opposer au transit qui est nécessaire pour permettre l'exercice de la souveraineté dans les enclaves; a-t-elle le droit de prendre une mesure allant directement à l'encontre de cette obligation?

S'il s'agissait d'une mesure obligatoire, d'une mesure que le droit international imposerait à l'Inde — comme ce serait le cas si l'Inde avait procédé à une reconnaissance de belligérance —, on se trouverait devant le problème, toujours délicat, d'un conflit de devoirs, de la co-existence de deux obligations incompatibles l'une avec l'autre, et il faudrait donner la préférence à l'une des deux obligations.

Mutatis mutandis, c'est devant un problème analogue que la Cour permanente de Justice internationale s'est trouvée dans l'affaire du *Wimbledon*. Le passage du *Wimbledon* par le canal de Kiel était contraire aux obligations de l'Allemagne comme État neutre dans la guerre entre la Russie et la Pologne. Mais le refus de passage était contraire à l'obligation que le Traité de Versailles imposait à l'Allemagne. La Cour a interprété l'obligation résultant du Traité de Versailles comme primant celle de la neutralité.

Mais, dans le cas présent, il n'y a pas deux obligations en conflit. Il y a, d'un côté, l'obligation de l'Inde de ne pas refuser le transit nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves, et il y a, de l'autre côté, le droit, la faculté pour elle de prendre certaines mesures entrant en conflit avec cette obligation.

Cela étant, est-elle justifiée à prendre ces mesures? A-t-elle le droit d'opter pour une attitude contraire à ses obligations?

Pareille option me paraît d'autant plus inadmissible que la seule conséquence qu'on en tire du côté de l'Inde, c'est précisément de pouvoir se soustraire à l'obligation de transit. Car la neutralité dont se prévaut la Partie adverse est, en fait, une neutralité à sens unique, une neutralité dont le seul effet serait de paralyser le Gouvernement portugais et de protéger les prétendus insurgés.

Je sais bien que l'application des règles de la neutralité peut avoir parfois des effets plus favorables à l'une des parties qu'à l'autre, mais ici cette application aboutirait à une intervention flagrante en faveur des insurgés. Elle se traduirait par un service de toute première importance qui leur serait rendu et qu'aucun avantage, même minime, au profit du gouvernement légal ne viendrait atténuer.

Est-il admissible qu'en présence d'une guerre civile ou d'une insurrection un État étranger tienne le raisonnement suivant: « Je n'ai aucune obligation d'observer dans ce conflit les règles de la neutralité. Tout au plus ai-je la faculté de le faire. Si j'use de cette faculté, le gouvernement légal se trouvera dans l'impossibilité d'exercer son droit de passage, car je soutiendrai qu'entre mes obligations de transit et ma neutralité, la primauté doit revenir à celle-ci. La conséquence en sera désastreuse pour le gouvernement légal. J'apporterai en revanche aux insurgés, dont les buts politiques se confondent avec les miens, une assistance incomparable. Je suis conscient de tout cela, mais j'opte cependant pour la neutralité » ?

Encore une fois, je n'examine pas en ce moment l'argument que le Gouvernement de l'Inde peut tirer éventuellement des exigences de sa

sécurité et de son ordre intérieur. Nous y reviendrons le moment venu. Actuellement je me borne à considérer l'argument de neutralité.

Or cet argument doit être apprécié dans son contexte. Il ne doit pas l'être d'une manière abstraite et théorique, comme le Gouvernement indien a tendance à le faire, mais bien à la lumière des réalités auxquelles il s'applique. Et je crois qu'en le considérant ainsi, on ne peut pas s'empêcher d'en apercevoir l'extrême fragilité.

Mais si la thèse de la neutralité nous semble inacceptable, ce n'est pas uniquement — loin de là — pour les seuls motifs que je viens de signaler.

Il y a une raison plus profonde, plus décisive qui la condamne, et c'est que, dans le conflit qui oppose le Portugal et les prétendus insurgés, l'Union indienne ne peut en aucune façon être considérée comme un tiers.

Tout ce qui vient d'être dit concerne les États tiers, ceux qui sont étrangers au différend opposant le gouvernement légal aux insurgés. Et c'est précisément cette situation qui peut justifier leur neutralité.

Or, dans le cas qui nous occupe, rien de semblable n'existe. La cause des insurgés se confond avec celle de l'Union indienne. Il existe entre elles une identité parfaite. On ne peut donc pas prétendre que l'Inde serait étrangère au différend. Elle y est au contraire inextricablement engagée.

À cet égard, je dois tout de suite rectifier la façon dont la duplique présente notre argumentation sur ce point.

À entendre le Gouvernement de l'Inde, le Portugal soutiendrait que ce qui empêche l'Union indienne d'être neutre, ce seraient les sympathies que lui inspire le mouvement anti-portugais.

Ces sympathies elle ne les cache pas, et il lui serait d'ailleurs difficile de le faire. Mais, dit-elle, les sympathies du neutre pour l'un ou l'autre des adversaires ne sont pas incompatibles avec sa neutralité. On peut être juridiquement neutre tout en formant des vœux pour le succès d'un des belligérants.

Ce thème est abondamment développé. Il l'est notamment aux paragraphes 619, 623, 636 et 637 de la duplique.

Nous sommes entièrement d'accord sur ce point. Il est certain que le droit de la neutralité n'empêche pas un État neutre d'éprouver de la sympathie pour un des belligérants, à condition qu'il ne viole aucune des règles reconnues de la neutralité.

Mais, en nous prêtant l'opinion que je viens de dire, le Gouvernement indien déforme complètement la thèse que nous soutenons.

Ce que nous visons, ce ne sont pas les sympathies de l'Inde pour les insurgés, c'est l'identité de leurs buts; c'est le fait indiscutable que la cause des insurgés, le dessein qu'ils poursuivent, le changement politique qu'ils veulent réaliser et qui a été dès le début l'objectif de leur entreprise, se confondent entièrement avec le programme de l'Union indienne.

Il ne s'agit pas de sympathies — ce qui est un élément subjectif. Il s'agit d'un fait objectif, patent, indéniable, à savoir que les efforts des insurgés et ceux du Gouvernement indien tendent exactement au même but, qu'ils sont, à cet égard, inséparables les uns des autres, la seule différence qui se révèle entre eux étant une différence de moyens, une différence de méthode.

Étant donné l'importance de ce fait, qui modifie complètement, à notre avis, la perspective dans laquelle se situe la question litigieuse,

je crois nécessaire de m'y arrêter quelques instants et d'en établir l'exactitude, textes en mains.

Quel est l'objectif de la politique indienne?

Aucune hésitation n'est permise à ce sujet, car le Gouvernement de l'Inde l'a exposé lui-même à maintes reprises et dans les termes les plus catégoriques.

Ce que veut l'Union indienne, c'est l'unification de l'Inde sous sa propre souveraineté et, plus particulièrement, c'est l'absorption de l'ensemble des territoires portugais de la péninsule.

C'est ce que dit formellement l'aide-mémoire qu'elle a remis le 27 février 1950 au ministère des Affaires étrangères de Lisbonne, annexe 29 du mémoire portugais.

Le document n'est qu'un plaidoyer en faveur de cette revendication. Il faut le lire en entier pour se rendre compte de la valeur essentielle que le Gouvernement indien y attribue et de sa ferme volonté d'en obtenir la réalisation.

Que propose l'Inde à cette date? Elle propose l'ouverture de négociations. Mais ces négociations ne sont aucunement destinées, dans sa pensée, à discuter le principe lui-même. Elles ne doivent avoir pour objet que les conditions dans lesquelles on appliquera ce principe. Le principe lui-même doit être considéré comme acquis avant qu'on ne se mette à négocier.

« Une fois le principe de la réunion accepté [dit le texte], les voies et moyens de sa réalisation pourront être recherchés dans une consultation amicale. »

Le Gouvernement de Lisbonne ne se montrant pas disposé à abandonner ainsi une partie de son territoire, l'Inde revient à la charge en 1953.

Sa note du 14 janvier 1953 (annexe 31 de notre mémoire) confirme en termes pressants la première démarche:

« Le mouvement nationaliste qui a abouti à l'établissement d'une Inde libre et indépendante a pour objectif la réalisation de l'unité historique et culturelle de l'Inde. »

« ... aucune solution du problème n'est maintenant possible, si ce n'est sur la base d'un transfert direct de ces territoires [il s'agit des territoires portugais] qui assurera leur incorporation à l'Union indienne ».

Impossible d'être plus catégorique. L'incorporation des territoires portugais à celui de l'Union indienne n'est pas seulement présentée comme une solution désirable ou souhaitable. On affirme qu'elle constitue la seule solution possible.

Le 1^{er} mai 1953, nouvelle note qui confirme, en termes identiques, la volonté de l'Inde et qui annonce la fermeture de la légation indienne à Lisbonne, considérant que cette légation est devenue inutile, puisque le Portugal n'acquiesce pas à la demande de cession de ses territoires (annexe 32 du mémoire).

Surviennent alors les événements de juillet-août 1954: les coups de main contre les enclaves.

Le 22 juillet, au moment où Dadrá vient d'être occupée, le Gouvernement de l'Inde publie un communiqué de presse auquel j'ai déjà fait allusion (annexe 44 de notre mémoire).

Il y est dit notamment que

« le mouvement goanais pour l'union de ces territoires avec l'Inde fait partie d'un processus historique irréversible ».

Ainsi, le lendemain de l'occupation de Dadrá, le Gouvernement indien proclame que ce qu'il appelle le mouvement goanais poursuit exactement le même but que l'Inde elle-même; que ce but est l'incorporation des territoires portugais à l'Union indienne et qu'il s'agit d'un processus historique irréversible.

Six jours plus tard, le 28 juillet 1954, une note du ministère des Affaires extérieures de l'Inde à la légation du Portugal reprend le même thème (mémoire, annexe 52, alinéa 12).

Le 25 août 1954, le premier ministre, M. Nehru, prend la parole au parlement. Il y fait un exposé de la politique extérieure de son Gouvernement, dont une partie est consacrée à la question qui nous occupe.

Le document a été versé au dossier par la Partie adverse. Il constitue son annexe A, n° 11.

Le premier ministre déclare une fois de plus la volonté d'incorporer les territoires portugais de l'Inde à celui de l'Union indienne.

Voici quelques passages de son discours:

« Le Gouvernement et le peuple de ce pays sympathisent entièrement avec les aspirations du peuple goanais à se libérer du régime étranger et à s'unir à la mère patrie. » (Chiffre 3 du texte.)

« Ils demandent la fin du régime étranger et la réunion de Goa à la mère patrie. » (Chiffre 11 du texte.)

Et un peu plus loin, le premier ministre indique une série de garanties qui seront données aux Goanais quand ils feront partie de l'Inde:

« J'aimerais saisir cette occasion — dit-il — pour indiquer une fois de plus certains aspects de notre attitude fondamentale à l'égard de Goa, lorsque celle-ci deviendra partie intégrante de l'Union indienne. » (Chiffre 14 du texte.)

Au moment où M. Nehru faisait ces déclarations au parlement, l'invasion des enclaves était un fait accompli. Elle venait d'avoir lieu et c'est précisément en relation avec les événements que le Gouvernement définit à nouveau son attitude.

Or, ce qui se dégage de ces explications est d'une clarté absolue et ne fait d'ailleurs que confirmer ce que nous avons vu précédemment.

Le Gouvernement de l'Inde affirme hautement sa sympathie pour le mouvement dont les chefs viennent de réaliser la double opération contre Dadrá et Nagar-Aveli. Il affirme sa sympathie, mais en la justifiant par l'identité des buts poursuivis de part et d'autre.

M. Nehru ne fait aucun mystère de cette identité de buts. Il la proclame au contraire sans la moindre réserve, en déclarant que, de part et d'autre, l'objectif des efforts est bel et bien d'incorporer les territoires portugais au domaine de l'Union indienne.

Il n'a pas été question, ce jour-là, de créer un nouveau Saint-Marin au moyen des deux enclaves qu'on venait d'occuper. Ce nouveau Saint-Marin n'est qu'un produit tardif de l'imagination de nos estimés contradicteurs; c'est un fantôme qu'ils essaient de substituer à la réalité parce que cette réalité les gêne.

Au lendemain de l'invasion des enclaves, personne n'y a même songé. La seule solution envisagée, c'est de faire passer les territoires portugais sous la souveraineté de l'Union indienne.

Tournons-nous maintenant vers les prétendus insurgés.

Nous avons entendu le Gouvernement indien et nous sommes fixés, je crois, sur son programme.

Mais il faut interroger également ceux qui ont mené l'action contre le Portugal dans les enclaves.

La Partie adverse dit, au paragraphe 622 de sa duplique, que « si les insurgés avaient le désir d'arriver à une fusion de Dadrá et de Nagar-Aveli avec l'Union indienne, il ne peut y avoir aucun doute que leur premier objectif était de se débarrasser de la domination portugaise ». Voilà la citation.

Cette façon de s'exprimer passe à côté de la question. Se libérer de la souveraineté portugaise, ce n'est qu'un geste négatif. Or, la libération ne peut pas aboutir à la création d'un vide, elle ne peut pas aboutir à la création d'un territoire sans maître, d'une *res nullius*.

Ou bien on se libère pour former un nouvel État indépendant, ou bien on le fait pour se placer sous la souveraineté d'un autre État, mais, dans tous les cas, on poursuit un but positif qui est inséparable du but négatif.

Définir le but des insurgés comme se limitant à l'élimination de la souveraineté portugaise n'a littéralement aucun sens au point de vue du droit international.

Voilà la première remarque préliminaire que je voulais présenter.

D'autre part, la duplique nous reproche de spéculer sur les intentions futures des insurgés (c'est ce qui est dit au paragraphe 616) et elle nous reproche également (au paragraphe 618) d'introduire dans le débat des considérations politiques.

Il est vraiment difficile de comprendre ces griefs.

Nous introduisons dans le débat des considérations politiques? Mais quand il s'agit de définir le but d'une insurrection, ce sont évidemment les objectifs politiques des insurgés qu'il faut prendre en considération.

Ce n'est pas le Gouvernement portugais qui introduit ainsi dans le débat un élément politique. Le Gouvernement portugais ne fait que constater un fait politique qui caractérise la situation juridique invoquée par la Partie adverse.

Quant à spéculer sur les intentions des insurgés, nous n'avons pas à nous donner cette peine. Les prétendus insurgés ont proclamé dès le début le but de leur entreprise, et cela de la manière la plus formelle. Notre rôle se borne à rappeler leurs déclarations. Nous n'avons même pas à les interpréter, car elles sont d'une limpidité absolue.

Parmi les documents où elles figurent, je citerai en premier lieu le manifeste qui a été publié au début du mois de juillet 1954 — peu de temps avant le coup de main contre Dadrá — par les milieux anti-portugais de Bombay (annexe A n° 7 de l'Inde).

Ce manifeste, auquel j'ai déjà fait allusion, reconnaît que le peuple goanais a sa personnalité propre et que quatre siècles de vie commune avec le Portugal ont laissé des traces profondes dans sa culture, ainsi que dans son organisation sociale et administrative.

Mais ces difficultés ne le rebutent pas.

« L'heure de la décision », dit-il, « est venue. Il faut nous libérer du Portugal et nous unir à l'Inde. »

J'ai mentionné déjà ce texte dans une partie précédente de ma plaidoirie. Il établit clairement qu'au point de départ, au moment de passer à l'action, l'objectif ne laisse aucun doute dans l'esprit de ceux qui vont entreprendre l'expédition: l'incorporation à l'Union indienne des territoires portugais n'est pas pour eux une solution possible, une solution éventuelle qu'on pourrait, au besoin, remplacer par une autre. C'est la seule solution envisagée. Il n'y en a pas d'autre. C'est pour arriver à cette fin que l'on va passer aux actes.

Viennent ensuite les deux occupations successives de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Le Gouvernement de l'Inde a versé au dossier une série de résolutions qui ont été adoptées depuis lors, soit par les organes de la nouvelle administration, soit au cours de manifestations populaires. Elles figurent à la fin de l'annexe F n° 117, aux pages 930 à 935 du volume III.

Il suffit de les lire pour constater que l'objectif auquel tendaient les expéditions du mois de juillet et du mois d'août 1954 contre Dadrá et Nagar-Aveli n'a pas varié et que les prétendus insurgés considèrent toujours l'intégration des territoires portugais dans celui de l'Union indienne comme le but de leurs efforts.

Je ne voudrais pas abuser des instants de la Cour en donnant lecture de tous ces textes.

Le 25 novembre 1954, le jour de son inauguration, le *panchayat*

« exprime au Gouvernement national de l'Inde sa volonté patriotique ... de voir intégrer les territoires libérés dans l'Union indienne, afin de réaliser et consolider l'unité de l'Inde ». (Page 930 du volume III.)

Les autres proclamations, qui ne font d'ailleurs que reproduire le même thème, s'échelonnent de cette date jusqu'au 2 août 1957.

En les réunissant, le chef de la nouvelle administration conclut de la façon suivante:

« Ces demandes répétées d'intégration au sein de l'Union indienne ... ne peuvent plus ne pas être entendues par le Gouvernement de l'Inde. » (Page 935.)

Et la Cour me permettra également de citer le début de la lettre qui a été envoyée le 8 novembre 1958 au premier ministre de l'Inde, M. Nehru:

« Nous avons l'honneur de vous présenter une copie du rapport adressé à l'administration et des résolutions votées à différentes reprises par les populations de Dadrá et de Nagar-Aveli. Une fois de plus, nous prions le Gouvernement de l'Inde de bien vouloir prendre en considération l'incorporation de notre territoire dans celui de la mère patrie, afin que nos populations participent à l'héritage commun de prospérité économique et matérielle.

Les populations de Dadrá et de Nagar-Aveli ne peuvent comprendre pourquoi le Gouvernement de l'Inde ne répond pas aux demandes que nous avons formulées en plusieurs occasions. Nous avons mis un terme au colonialisme portugais et nous avons donné un exemple impressionnant montrant comment l'on peut se venir en aide à soi-même, ainsi que vous pourrez le voir d'après notre rapport. Nous avons le droit d'exiger l'intégration avec notre mère patrie. Nous réclamons, Monsieur le Premier ministre, que ce droit précieux ne

nous soit pas dénié. Nous exprimons donc l'espoir que votre Gouvernement décidera bientôt de prêter l'oreille à nos requêtes et de mettre ainsi un terme à notre angoisse. » (Page 781 du volume III.)

Cette lettre, je le répète, est datée du 8 novembre 1958. Elle confirme de la façon la plus nette et dans les termes les plus pressants, comme on le voit, ce qui a été dès le début l'objectif de l'entreprise menée contre les enclaves.

Ce n'est pas pour créer un petit État isolé que la prétendue insurrection s'est produite: c'est pour détacher les enclaves du Portugal et les faire passer sous la souveraineté indienne, en attendant que les autres territoires portugais suivent le même sort. L'objectif est donc exactement le même que celui qui est poursuivi par le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi.

Et c'est précisément ce qui fait obstacle à ce que l'Inde se présente dans cette affaire comme une Puissance neutre.

Contrairement à ce qu'elle voudrait faire croire, ce ne sont pas les sympathies qu'elle éprouve pour les prétendus insurgés qui l'empêchent, d'après nous, d'observer dans le conflit une attitude de neutralité et de se prévaloir de cette attitude pour paralyser l'action du Portugal. C'est que la cause des insurgés se confond avec la sienne.

Le régime de la neutralité ne peut s'appliquer qu'aux États tiers, c'est-à-dire aux États qui sont étrangers au conflit. S'ils peuvent être neutres, c'est parce qu'ils ne sont pas eux-mêmes en cause.

Or, l'Inde est personnellement engagée dans le débat. L'enjeu du débat se confond avec ses propres prétentions, avec celles qu'elle n'a cessé de faire valoir contre le Portugal. Les autorités de fait qui ont pris en mains l'administration des enclaves ne font que travailler à la réalisation de ses propres desseins.

Le Gouvernement indien a essayé d'obtenir satisfaction par la voie régulière, en négociant avec le Portugal et en cherchant à persuader ce dernier qu'il devait lui céder ses territoires de l'Inde.

Cette procédure n'a pas abouti.

C'est alors que les auteurs des coups de main contre Dadrá et contre Nagar-Aveli sont entrés en scène, dans l'espoir d'obtenir le résultat souhaité par d'autres méthodes, et en se passant du consentement du Portugal, en lui forçant la main.

Le procédé est différent, mais l'objectif est exactement le même. Et si l'action des prétendus insurgés devait être couronnée de succès, c'est l'Union indienne qui en recueillerait les fruits. C'est sa sphère de souveraineté qui serait agrandie au détriment de celle du Portugal.

Comment prétendre, dans ces conditions, que l'Union indienne soit qualifiée pour se présenter comme neutre dans le conflit? On ne peut pas être neutre dans sa propre cause.

Le régime de la neutralité n'est donc pas applicable en l'espèce.

En revanche, il y a d'autres règles de droit international auxquelles l'attitude de l'Inde doit se conformer. Ce sont les règles qui concernent l'acquisition et la perte de territoire.

Or, ces règles ne sont pas douteuses. Quand il s'agit de territoire sans maître, l'acquisition peut se faire par des actes unilatéraux. Quand il s'agit, au contraire, de territoire relevant déjà d'une souveraineté étrangère, le transfert exige le consentement de l'État dont le territoire est amputé.

Ce principe, il est vrai, souffre une exception: une exception qui se rapporte précisément au cas d'insurrection. Il est admis que, quand l'insurrection est victorieuse, le territoire insurgé peut faire sécession. Mais il est indispensable pour cela que l'insurrection ait effectivement et définitivement triomphé, soit parce que le gouvernement légal a renoncé à la lutte, soit au moins parce que la situation ne lui offre plus aucune possibilité de redressement, que la partie est définitivement perdue pour lui. Voilà ce que le droit international prescrit.

Que faut-il en conclure?

Il faut en conclure d'abord évidemment que toute reconnaissance prématurée de l'administration insurgée comme gouvernement légal constituerait une violation flagrante des droits du Portugal, et il faut en conclure également que l'Union indienne, étant personnellement en cause dans la crise insurrectionnelle, a le devoir de s'abstenir de toute assistance aux insurgés — même sous le couvert d'une prétendue neutralité — parce que cette assistance contribuerait à forcer la main au Portugal, à le contraindre d'abandonner des territoires destinés à être incorporés au domaine de l'Union indienne.

L'argument d'après lequel les circonstances présentes autoriseraient le Gouvernement de l'Inde à suspendre l'exercice du droit de passage en raison de sa neutralité est donc dépourvu de toute valeur.

Je passe maintenant à l'examen d'une autre tentative de justification qui est présentée dans le même but par la Partie adverse.

Elle consiste à dire que, comme Membre des Nations Unies, l'Union indienne devrait s'opposer à l'exercice du droit de passage réclamé par le Portugal, parce que l'usage qui serait fait de ce droit dans les circonstances présentes irait à l'encontre du respect des droits de l'homme. Bien entendu, cette nouvelle tentative de justification considère, elle aussi, comme indiscutable qu'on se trouve en présence d'une insurrection, qu'on se trouve en présence d'un peuple qui s'est soulevé pour conquérir sa liberté. C'est le postulat fondamental.

La thèse est exposée aux paragraphes 350 et 351 du contre-mémoire, ainsi qu'aux paragraphes 639 à 641 de la duplique.

On remarquera d'abord que cette thèse s'accorde assez mal avec la précédente, celle de la neutralité. On peut même dire qu'il existe entre elles une véritable opposition.

En revendiquant le droit d'être neutre dans la crise insurrectionnelle, l'Union indienne prétend observer une attitude d'impartialité entre le Gouvernement portugais et les insurgés, car l'impartialité est un des traits essentiels de la neutralité.

En invoquant les dispositions de la Charte relatives aux droits de l'homme, elle adopte une tout autre attitude. Elle prend parti pour la cause des insurgés contre celle du gouvernement légal. Les auteurs du moyen âge et de la Renaissance avaient l'habitude de distinguer les guerres justes et celles qui ne le sont pas. C'est une distinction analogue qu'on voit s'ébaucher ici en matière de conflits intérieurs.

Pour nos estimés contradicteurs, les prétendus insurgés de Dadrá et de Nagar-Aveli défendraient une cause juste, tandis que le Gouvernement portugais défendrait une cause injuste. Et ils en tirent cette conséquence que le devoir des États étrangers ne serait pas de rester neutres en présence d'une telle constatation, mais bien de prendre parti pour les insurgés.

On voit combien cette conception s'écarte des principes traditionnels, car on avait toujours admis jusqu'ici que le devoir des États étrangers

était de ne pas prendre position sur le fond des conflits intérieurs. La thèse du Gouvernement indien les invite, au contraire, à s'en faire juges et à favoriser la cause des insurgés, quand le respect des droits de l'homme leur paraît être en jeu. Abstraction faite de toute autre considération, c'est là, me semble-t-il, une pente bien dangereuse, et il n'est guère difficile de se représenter tous les abus auxquels elle pourrait donner lieu.

Il est vrai que nos estimés contradicteurs ne vont pas jusqu'à demander aux tiers d'intervenir dans le conflit d'une manière positive; ils se contentent de leur prescrire une attitude d'abstention. Mais cette abstention, ce n'est pas comme un devoir de neutralité qu'ils la conçoivent, c'est comme une manifestation de sympathie pour les insurgés; c'est comme une contribution à la défense de leur cause, contribution négative sans doute, mais qui peut être de la plus haute importance puisqu'elle est capable de paralyser complètement le gouvernement légal, comme le cas actuel en fournit la preuve.

Soit dit entre parenthèses, le Gouvernement indien confirme ainsi d'une manière éclatante ce que je me suis permis de dire il y a un instant à propos de ses prétentions à la neutralité, à savoir que cette soi-disant neutralité n'est qu'une excuse, l'excuse d'une intervention déguisée au profit des insurgés. Car la mesure qu'on essaie de justifier est la même dans les deux cas. Tout à l'heure, on la justifiait au nom de la neutralité, et maintenant on la justifie au nom de l'apport que l'on doit assurer à la cause des insurgés. On la présente ainsi sous son vrai jour car, en fait, elle n'est pas autre chose qu'une assistance donnée aux adversaires du gouvernement légal.

Une autre observation qu'il convient de faire, c'est que ce nouvel argument de la Partie adverse ne se fonde plus sur le droit international général, mais uniquement sur les dispositions de la Charte des Nations Unies.

Il est de toute évidence que si nos estimés contradicteurs avaient cru pouvoir trouver dans la coutume internationale ou dans les principes généraux de droit un fondement quelconque pour la thèse qu'ils énoncent, ils n'auraient pas manqué d'en faire usage. Les règles qu'ils invoquent se présentent donc comme des règles conventionnelles exorbitantes du droit international commun.

Dès lors, il est essentiel non seulement de savoir sur quels textes s'appuie l'argumentation du Gouvernement indien, mais aussi — et surtout — de connaître la portée juridique qu'il leur attribue et le raisonnement par lequel il croit pouvoir conclure que ces dispositions conventionnelles modifient les principes du droit international général applicables au présent litige.

A vrai dire, cette partie de l'argumentation adverse nous avait paru très obscure quand nous avons pris connaissance de son contre-mémoire. Il nous avait semblé que les considérations mises en avant relevaient plutôt de la morale que du droit positif. Or, c'est évidemment sur le terrain du droit positif que nous devons nous placer.

Dans les discussions relatives aux exceptions préliminaires, la Partie adverse n'a pas manqué de le rappeler. Elle avait interprété à tort certains principes généraux dont nous faisons état comme sortant du cadre du droit positif, et elle en avait conclu que ces principes étaient étrangers aux normes dont la Cour doit faire application.

Son objection était erronée en ce sens que les principes en question ont bel et bien le caractère de règles de droit positif — ce que nous avons

démontré. Mais, s'il en avait été autrement; si nous avions fait appel à des principes relevant uniquement de la morale ou du droit naturel, eh bien, l'objection de nos estimés contradicteurs aurait été irréfutable. La mission de la Cour est régie par son Statut et notamment par l'article 38, qui énumère les catégories de normes dont elle fait application. Il était donc indispensable que le Gouvernement indien précise les règles qu'il invoque et qu'il établisse que ces règles ont bien le caractère voulu pour que la Cour les applique en vertu de l'article 38 de son Statut.

Il était indispensable également qu'il démontre que ces règles abrogent ou modifient, entre les États Membres des Nations Unies, les principes traditionnels du droit international général. Nous nous sommes donc permis de demander des éclaircissements sur ce point dans notre réplique (par. 392). Malheureusement, je dois dire que ces éclaircissements, nous ne les avons pas trouvés dans la duplique, qui reste aussi vague que le contre-mémoire. La seule précision qui ait été donnée consiste dans l'énumération des articles de la Charte qui font allusion aux droits de l'homme. On reconnaîtra que cela ne mène pas très loin.

[Audience publique du 5 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la doctrine des droits de l'homme en tant que doctrine philosophique n'est certainement pas nouvelle et, dans le cadre du droit interne, il y a déjà longtemps qu'elle a pris racine et qu'elle s'est précisée.

Mais il n'en est pas de même sur le plan international. L'idée d'une protection internationale des droits de l'homme a fait d'incontestables progrès. Elle en est encore cependant, au point de vue juridique, à la période des tâtonnements.

Cette idée, l'Institut de droit international l'a exprimée en 1929, dans une déclaration à laquelle tous ceux qui sont attachés aux valeurs de notre civilisation ne peuvent que souscrire. Ce n'était cependant qu'une déclaration qui restait encore essentiellement philosophique.

Depuis lors, la Charte des Nations Unies y a fait écho, mais la Cour sait à quel point les dispositions que la Charte contient à ce sujet sont embryonnaires.

Certains juristes parmi les plus autorisés vont même jusqu'à leur dénier toute valeur juridique. Je ne citerai parmi eux que Kelsen (*The Law of the United Nations*, pp. 29-32); Charles De Visscher (*Théories et réalités en droit international public*, p. 158); Manley Hudson (dans un article de l'*American Journal of International Law*, 1948, pp. 105-108).

On est en droit de penser qu'il y a là une certaine exagération. Mais ce qui est sûr, c'est que les dispositions dont il s'agit sont tout à fait insuffisantes pour protéger à elles seules les droits de l'homme et que cette lacune est très loin d'avoir été comblée par la *Déclaration universelle des droits de l'homme* que l'Assemblée générale a votée en 1948. D'où les tentatives faites, au sein de l'Organisation des Nations Unies, en vue de mettre sur pied une ou plusieurs conventions destinées à combler cette lacune.

Ces conventions, si on était parvenu à les établir et à les faire adopter par les gouvernements, auraient soumis les États contractants à de véritables obligations portant sur le respect de certains droits déterminés. Seulement, voilà ... on n'a pas réussi à le faire et il n'y a aucune perspective prochaine d'y arriver.

La seule convention qui ait été formée, c'est la convention de Rome du 4 novembre 1950, mais cette convention ne s'applique qu'entre certains États européens et elle n'intervient pas dans l'espèce. Je dirai même que son existence souligne *a contrario* l'inefficacité des efforts qui ont été tentés sur le plan universel.

Quant au droit de libre disposition des peuples, personne ne soutiendra qu'il serait mieux établi que les droits individuels de l'homme.

La Charte le mentionne parmi les buts de l'institution, mais aucune de ses dispositions ne va plus loin et ne lui donne même un commencement d'organisation.

Aucun principe, d'ailleurs, n'est aussi difficile à définir. Ramené à sa plus simple expression, il répond à un sentiment de justice de plus en plus ressenti. C'est incontestablement une des idées-forces de l'histoire contemporaine, mais quand il s'agit de déterminer le cadre dans lequel il s'applique et les conditions auxquelles cette application est subordonnée, on reste dans l'incertitude la plus complète.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les observations que je viens de présenter au sujet de la doctrine des droits de l'homme et du droit de libre disposition des peuples ne tendent aucunement à mettre en doute leur valeur idéologique. Elles ont simplement pour but de constater que, dans le domaine international et sur le plan du droit positif, les progrès réalisés par cette doctrine sont encore très incertains et très fragiles. Ils se ramènent essentiellement à des manifestations d'intentions, qui se situent, pourrait-on dire, à la frontière du droit et de la morale et ne peuvent être considérées que comme l'embryon d'un nouveau système juridique en voie de formation. C'est d'ailleurs une vérité dont le Gouvernement de l'Inde semble bien conscient. Les expressions mêmes dont il se sert le prouvent.

Voici, par exemple, ce qu'on lit au paragraphe 350 du contre-mémoire :

« Quelles que soient les opinions que l'on peut avoir sur la portée précise des obligations imposées aux Membres des Nations Unies », etc.

Et quelques lignes plus loin :

« Un Membre des Nations Unies est parfaitement fondé, *au moins en vertu d'une obligation morale*, à ne prendre ou ne permettre aucune mesure », etc.

Même formule enveloppée dans la duplique (par. 640) :

« Le point de savoir quelle est exactement la portée des obligations positives qui résultent pour les États Membres des Nations Unies de ces dispositions peut exiger une étude et un examen plus détaillés. »

N'est-ce pas reconnaître que nous sommes encore dans la brume ?

Ce qu'on omet de dire, c'est que depuis de longues années des juristes se penchent sur la question de savoir quelle portée concrète il convient de donner aux obligations des États en la matière et que, malgré leurs laborieux efforts, ils ne sont pas parvenus à y voir clair.

Mais, dit-on, à défaut d'obligations positives, on peut au moins dégager de la Charte une obligation négative.

Quelle obligation ?

Je cite, paragraphe 640 *in fine* de la duplique :

« ... l'obligation négative de s'abstenir de toute action qui serait diamétralement opposée au but et à l'esprit de ces articles pris dans leur ensemble ».

Pour être prohibée par la Charte, il ne suffit donc pas qu'une action soit en désaccord avec telle ou telle disposition déterminée, il faut qu'elle soit diamétralement opposée à l'ensemble des articles, ou plus exactement, à leur esprit. On voit que toutes les précautions ont été prises pour ne rien avancer de trop compromettant.

Au paragraphe suivant — le paragraphe 641 — le Gouvernement indien reconnaît d'ailleurs — ou plutôt confirme — qu'on peut hésiter à attribuer aux principes de la Charte un caractère juridique, qu'il s'agit peut-être simplement de principes de morale.

Je cite :

« Les principes qui figurent dans la Charte et que l'Inde invoque, qu'on les considère comme des principes juridiques ou des principes de morale, viennent confirmer », etc.

Je crois inutile, dans ces conditions, de m'attacher davantage à établir la faiblesse de la thèse dont il s'agit.

Mais le Gouvernement indien énonce, au paragraphe 625, une autre proposition concernant le droit de libre disposition des peuples qui ne peut pas être passée sous silence.

Voici ce qui est dit à la fin de ce paragraphe :

« Lorsqu'une population, à la suite d'une insurrection victorieuse, s'est libérée d'une domination coloniale dont elle ne voulait pas et s'est organisée en tant que communauté indépendante sous l'autorité d'un gouvernement *de facto*, le droit international — pour le moins la Charte des Nations Unies — n'impose aucune restriction au droit de cette communauté de décider en toute liberté de son propre destin politique. »

Quelle est exactement la portée de cette affirmation ?

Vent-elle dire que quand une insurrection est définitivement victorieuse, quand la crise a pris fin par l'échec irrémédiable du gouvernement légal, les vainqueurs ont le droit de décider librement de leur destin politique ?

Si tel est le sens de l'affirmation, nous sommes d'accord : j'ai déjà eu l'occasion de le dire. La liquidation de la crise insurrectionnelle au profit des insurgés fait perdre au souverain légal le territoire contesté et le sort de ce territoire est alors aux mains des insurgés. C'est conforme au droit international général, c'est conforme à la coutume générale, et il n'est pas nécessaire pour énoncer ce principe de faire appel aux articles de la Charte des Nations Unies.

En revanche, si le Gouvernement indien prétend que la Charte des Nations Unies aurait rompu avec le droit international général, en ce sens que les insurgés pourraient disposer juridiquement du territoire et dépouiller le souverain légal de ses droits *avant la liquidation de la crise insurrectionnelle*, alors nous sommes en plein désaccord avec lui.

Ai-je besoin de dire que cette thèse serait particulièrement lourde de conséquences ?

Comment? Il suffirait, lorsqu'une insurrection éclate, que les insurgés réussissent à établir sur une partie du territoire une administration de fait indépendante et qu'ils invoquent le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, pour que les principes traditionnels du droit international soient écartés et que ce succès momentané soit assimilé à une victoire définitive, abolissant la souveraineté du gouvernement légal?

J'ose à peine imaginer que le Gouvernement de l'Inde demande à la Cour de consacrer une théorie aussi révolutionnaire et aussi pleine d'aléas. J'ajoute que cette dangereuse théorie ne trouve heureusement aucun fondement dans les dispositions de la Charte.

Et voilà, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quelques observations qu'il m'a paru nécessaire de présenter.

Elles sont loin, cependant, de constituer la seule réponse que nous faisons à l'argumentation de nos estimés contradicteurs.

Ce que nous tenons à souligner par-dessus tout, c'est que les affirmations sur lesquelles cette argumentation repose ne correspondent aucunement, en fait, à la réalité.

Le Gouvernement de l'Inde semble considérer comme acquis que le principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes serait en jeu dans le cas qui nous occupe et que les deux parties en litige apparaîtraient, l'une comme le défenseur de ce principe, et l'autre comme son adversaire.

Le Portugal est représenté par nos estimés contradicteurs comme agissant au mépris de la volonté populaire des intéressés.

Par contre, le Gouvernement de l'Inde n'hésite pas à se considérer, lui, comme le champion de cette liberté, comme le défenseur de la volonté populaire.

Cette façon d'interpréter les choses nous paraît absolument inacceptable.

J'ai déjà eu l'occasion de montrer que la version d'une insurrection générale de la population des enclaves ne cadre pas avec la réalité et qu'il est par conséquent tout à fait injustifié de parler à ce sujet du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Quand la Partie adverse dépeint la demande portugaise comme dirigée contre ce droit, nous ne pouvons donc que lui opposer une dénégation.

Mais il nous paraît tout aussi difficile d'admettre que le Gouvernement indien serait qualifié en l'espèce pour se présenter comme le défenseur du droit de libre disposition.

C'est un point sur lequel le Gouvernement portugais avait déjà conçu des doutes très sérieux quand il a pris connaissance de la demande qui lui a été adressée en 1950 et en 1953 pour l'amener à céder ses territoires de l'Inde. Certains arguments avancés à l'appui de cette demande lui ont paru cadrer assez mal avec le droit de libre disposition.

Sans doute était-il question, dans les notes diplomatiques qui lui furent remises, du sentiment populaire. Mais il y était surtout question d'un processus historique irréversible qui devait aboutir à l'unification de l'Inde dans ses limites géographiques.

En répondant à cette ouverture, le Gouvernement portugais n'a pas pu s'empêcher de faire une remarque que je demande à la Cour la permission de citer. Elle figure dans le mémorandum portugais du 15 juin 1950, annexe 30 du mémoire:

« On reconnaîtra facilement que l'aspiration à l'unité géographique ne peut avoir ni valeur juridique; ni valeur morale; on

aurait peine à concevoir un tel objectif comme élément du développement pacifique de la communauté internationale... »

Et en effet, le droit de libre disposition des peuples et leur unification dans un cadre géographique donné sont choses bien différentes.

Qu'arrivera-t-il si la volonté populaire ne coïncide pas avec les exigences de cette unification? Qu'arrivera-t-il si telle population intéressée préfère ne pas s'y soumettre?

On nous dit bien qu'il y a là un processus historique; mais si on respecte la liberté humaine, il faut lui reconnaître le droit de se laisser guider par d'autres considérations que celle-là.

C'est ce qui explique la remarque du Gouvernement portugais.

L'unification dans un cadre géographique donné, a-t-il fait observer, n'a, en elle-même, rien de commun avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Elle peut même entrer en conflit avec ce droit. Elle ne coïncide avec lui que dans la mesure où cette unification est voulue par toutes les populations intéressées.

Car le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes implique évidemment le respect de leur volonté. Cette notion n'a de sens que si elle constitue le facteur décisif dans la détermination du sort des peuples. C'est la volonté des peuples qui doit être l'élément décisif.

Si un gouvernement n'est pas résolu à s'incliner devant cette volonté, même quand elle entre en conflit avec ses propres desseins, ce gouvernement n'est certainement pas qualifié pour se présenter comme le champion du droit de libre disposition.

On pouvait donc se demander, en lisant les requêtes adressées en 1950 et en 1953 par le Gouvernement indien, quelle serait l'attitude de ce Gouvernement dans le cas où les deux motifs qu'il faisait valoir ne coïncideraient pas.

Depuis lors, des déclarations qui n'ont rien d'ambigu et qui émanent des plus hautes autorités de l'État ont éclairé le fond de sa pensée.

Je prie respectueusement la Cour de bien vouloir se reporter au document qui figure à l'annexe 1, appendice 4 des observations du Gouvernement portugais sur les exceptions préliminaires. Le document se trouve à la page 650 du volume I.

Il s'agit d'une déclaration qui a été faite le 6 septembre 1955 au parlement de l'Inde par le premier ministre, M. Nehru.

Le premier ministre y envisage le cas où les populations habitant les territoires portugais de l'Inde demanderaient le maintien du *statu quo*; il envisage le cas où elles voudraient rester sous la souveraineté du Portugal au lieu de s'en détacher.

Voilà bien le test. Si le Gouvernement indien entend vraiment respecter la volonté populaire, s'il considère que cette volonté est déterminante — ce qui est l'essence même du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes —, il devra s'incliner devant l'option de la population intéressée, quelque décevante qu'elle soit pour lui.

Est-ce ainsi que le Gouvernement de l'Inde entend se comporter? En aucune façon! Et le premier ministre le reconnaît avec une parfaite franchise:

« Nous ne sommes pas disposés — dit-il — à tolérer la présence des Portugais à Goa, même si les Goanais désirent qu'ils y soient. »

(« *We are not prepared to tolerate the presence of the Portuguese in Goa even if the Goans want them to be there.* »)

Il serait difficile d'être plus catégorique. Si la volonté des Goanais est de rester fidèles au Portugal, le Gouvernement de l'Inde ne le tolérera pas.

En d'autres termes, il est prêt à respecter leur volonté dans la mesure où elle n'est pas contraire à la sienne.

« Vous pouvez librement disposer de votre sort ; mais si le choix que vous faites est favorable au Portugal, nous refuserons de nous y conformer. »

C'est une façon qui me paraît assez peu orthodoxe d'appliquer le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde maintenant l'examen d'une autre thèse du Gouvernement indien : celle qui est exposée aux paragraphes 642 à 649 de la duplique. Elle consiste à dire que la Cour ne pourrait pas statuer sur la demande du Portugal parce qu'un tiers serait en cause.

Le problème, lit-on au paragraphe 642,

« ne concerne pas uniquement le Portugal et l'Inde. A l'arrière-plan se trouve une troisième entité, le gouvernement local *de facto*, qui n'est pas en mesure de s'expliquer devant la Cour. »

A l'appui de cette thèse, l'Inde invoque la décision qui a été prise par la Cour en 1954 dans l'affaire de l'*Or monétaire albanais* (paragraphe 648 de la duplique).

Il me sera permis tout d'abord de constater que les expressions employées par la Partie adverse pour définir la portée de son objection paraissent singulièrement vagues.

« Le problème », lit-on au paragraphe 642, « ne concerne pas uniquement le Portugal et l'Inde. A l'arrière-plan se trouve une troisième entité », etc.

Au paragraphe 648, il est dit :

« L'existence d'un gouvernement local *de facto* dans les enclaves ne peut être négligée dans la présente affaire. »

Et quelques lignes plus loin, dans le même paragraphe :

« Il s'agit de savoir si la Cour est en mesure d'administrer efficacement la justice dans l'affaire sans tenir compte de l'existence d'un gouvernement local *de facto*... »

Au paragraphe suivant — 649 — l'existence de ce gouvernement local est présentée comme constituant

« un obstacle distinct et indépendant à la revendication portugaise ».

Tout cela est évidemment assez imprécis. La seule véritable précision qui soit donnée est celle qui résulte de la référence faite à l'arrêt de la Cour dans l'affaire de l'*Or monétaire albanais*.

C'est le seul précédent sur lequel s'appuie la thèse indienne. Nous sommes donc en droit de supposer qu'il s'agit pour nos adversaires de faire application à l'espèce actuelle du principe qui a été déterminant dans la solution de l'affaire de l'*Or monétaire albanais*.

A cette première observation, je me vois obligé d'en ajouter une autre : c'est que la Partie adverse introduit ainsi dans le débat une exception d'incompétence dont elle ne s'était jamais prévalu précédemment.

En avril 1957, l'Inde a opposé au Portugal six exceptions préliminaires sur lesquelles la Cour a statué par son arrêt du 27 novembre.

Le soin avec lequel ces exceptions ont été présentées dans les écritures et à la barre permettait de croire que le Gouvernement indien n'avait passé sous silence aucune des objections qu'il se croyait en droit de soulever, et l'on peut trouver pour le moins étrange qu'il n'ait découvert qu'après coup cette nouvelle prétention. D'autant plus étrange que le gouvernement local *de facto* dont il fait aujourd'hui le pivot de son argumentation existait depuis longtemps déjà, et qu'il avait saisi le Gouvernement indien de ses sollicitations. (Voir notamment annexes indiennes E n° 65 et 68.)

Mais je ne veux pas insister davantage sur cette observation, car l'important est de considérer la thèse elle-même.

Nous avons fait observer, au paragraphe 397 de notre réplique, que, quelle que soit la qualification qu'on lui donne, le gouvernement local *de facto* des enclaves ne réunit certainement pas les conditions voulues pour se présenter devant la Cour. Ces conditions sont déterminées par l'article 34, alinéa 1, du Statut et, pour l'intervention, par l'article 62. Il est de toute évidence qu'elles excluent la possibilité pour l'administration de fait des enclaves de se présenter devant la Cour.

La Partie adverse est d'ailleurs entièrement d'accord sur ce point. Elle le dit au paragraphe 648 de sa duplique. Mais, ajoute-t-elle, « la question posée ne vise pas l'accès à la Cour. Il s'agit de savoir si la Cour est en mesure d'administrer efficacement la justice dans l'affaire sans tenir compte de l'existence d'un gouvernement local *de facto* qui, nécessairement, n'est pas présent lui-même devant la Cour. »

Ainsi, l'absence du gouvernement local *de facto* empêcherait la Cour d'administrer la justice.

Or, cette absence est inévitable. Le gouvernement local *de facto* n'a pas accès à la Cour. Même si le Portugal et l'Inde le voulaient, il ne pourrait pas se présenter devant elle, le Statut de la Cour ne le permet pas.

La thèse soutenue par la Partie adverse aurait donc pour conséquence que, dans un cas de ce genre, la juridiction de la Cour se trouverait nécessairement et irrémédiablement exclue.

Sur quoi le Gouvernement de l'Inde se base-t-il pour soutenir pareille opinion?

Le Statut de la Cour ne lui offre aucun appui. Aucune des dispositions du Statut ne prévoit que la Cour devra s'abstenir de statuer quand le litige affecte les intérêts d'un tiers qui n'est pas qualifié pour se présenter devant elle.

La thèse indienne trouverait-elle sa justification dans les déclarations par lesquelles les Parties ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour sur pied de l'article 36? Pas davantage.

L'Inde a reconnu comme obligatoire de plein droit la juridiction de la Cour

« pour tous les différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits postérieurs à ladite date ».

Et elle a énuméré ensuite limitativement les exceptions qu'elle apportait à cet engagement général.

Y a-t-il une exception qui concerne le cas où la contestation affecterait les intérêts de tiers? Non. Pas une seule des exceptions mentionnées ne vise cette hypothèse.

Quant à la déclaration du Portugal, elle comporte elle aussi un engagement général assorti de quelques réserves, mais dont aucune n'a trait à l'hypothèse qui nous occupe en ce moment.

La situation juridique des Parties ressort de ces divers éléments. Elle est déterminée par les engagements qu'elles ont pris en adhérant à la clause facultative de l'article 36 et par le Statut de la Cour qui domine ces engagements.

Nous sommes incontestablement en présence d'obligations liant les Parties. Or, la thèse soutenue par le Gouvernement de l'Inde tend à faire obstacle à la juridiction de la Cour dans une hypothèse à laquelle ces obligations s'appliquent incontestablement.

Alors, comment la justifier? Ou comment tenter de la justifier? Eh bien, cette justification, nos estimés contradicteurs croient la trouver dans un principe général dont la Cour a fait application dans l'affaire de l'*Or albanais*.

Seulement, ce principe, ils le déforment complètement, comme je vais avoir l'honneur de l'établir.

Je ne crois pas nécessaire de rappeler les conditions dans lesquelles se présentait l'affaire de l'*Or monétaire albanais*, la Cour les a suffisamment en mémoire.

Quant à sa décision, en voici les termes:

« la compétence à elle [la Cour] conférée par le commun accord de la France, du Royaume-Uni, des États-Unis d'Amérique et de l'Italie ne l'autorise pas, en l'absence du consentement de l'Albanie, à statuer sur la première conclusion de la requête du Gouvernement italien ».

La Cour avait été saisie d'un commun accord par quatre États. Ce qui l'a empêchée de statuer, c'est qu'un cinquième État — l'Albanie — n'avait pas donné son consentement.

Et je souligne immédiatement une première erreur de l'interprétation donnée à l'arrêt par le Gouvernement indien. L'obstacle qui a empêché la Cour de statuer n'est pas du tout l'absence de l'Albanie, ce n'est pas du tout le fait que l'Albanie n'était pas représentée à l'instance. C'est l'absence de son consentement, c'est le fait qu'elle n'avait pas accepté la juridiction de la Cour. Cette différence est capitale.

La Cour n'a jamais dit que l'absence d'un État directement intéressé faisait obstacle à l'exercice de sa juridiction; elle n'aurait pas pu le dire sans se mettre en contradiction avec les termes mêmes de son Statut, car le Statut prévoit l'hypothèse où l'une des Parties serait absente:

« Lorsqu'une des parties ne se présente pas, ou s'abstient de faire valoir ses moyens », dit l'article 53, « l'autre partie peut demander à la Cour de lui adjuger ses conclusions. »

Ainsi, l'absence d'une des parties n'empêche aucunement la Cour de statuer.

Ce qui est un obstacle à l'exercice de la juridiction de la Cour, c'est le défaut de consentement de l'État en cause à ce que la Cour rende un jugement en l'espèce. Et voilà précisément où nous voyons apparaître le grand principe qui domine toute la compétence de la Cour et qui se trouve ainsi incorporé à son Statut:

« Statuer sur la responsabilité internationale de l'Albanie sans son consentement », dit l'arrêt, « serait agir à l'encontre d'un principe de droit international bien établi et incorporé dans le Statut, à savoir que la Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un État si ce n'est avec le consentement de ce dernier. »

La juridiction de la Cour est subordonnée au consentement des Parties. L'Albanie n'avait pas donné son consentement à ce que l'affaire fût portée devant la Cour. Et c'est pour cette raison que la Cour s'est abstenue de statuer.

Ce principe, évidemment, ne concerne que les personnes juridiques qui ont qualité pour se présenter devant la Cour. Car s'il s'agissait d'une autre entité, la question de son consentement ne se poserait même pas. Cette autre entité ne pouvant jamais être partie à un différend devant la Cour, même si elle y consentait, il va de soi que la Cour n'aurait pas à tenir compte de ce consentement. Consentement ou non-consentement, cette troisième entité serait en tout cas exclue de la juridiction de la Cour.

Le principe n'est donc valable que pour les États et, éventuellement, pour d'autres sujets de droit international, comme l'Organisation des Nations Unies, qui réunissent les conditions requises pour se présenter devant la Cour.

On voit l'erreur commise par la Partie adverse, plus exactement deux des erreurs commises par elle dans l'interprétation de l'arrêt relatif à l'*Or monétaire albanais* :

Première erreur : confondre l'absence et le défaut de consentement.

Deuxième erreur : étendre le principe énoncé par la Cour à une entité qui, en toute hypothèse, ne pourrait pas se présenter devant elle.

Ces deux erreurs suffiraient pour ruiner la thèse du Gouvernement indien.

Mais ce ne sont pas les seules raisons qui privent cette thèse de tout fondement. Il y en a une autre qui n'est pas moins décisive que les deux premières.

D'après nos estimés contradicteurs, la Cour aurait admis, dans l'affaire de l'*Or albanais*, qu'elle ne peut pas administrer la justice « lorsque l'intérêt d'un État tiers est directement en cause » et que cet État n'est pas présent devant la Cour. Ne parlons plus de la question de l'absence : nous avons vu ce qu'il faut en penser.

Mais voici que, d'après l'Union indienne, il suffirait, pour empêcher la Cour de statuer, que l'intérêt de l'État absent soit directement en cause.

Dès l'instant où l'absent serait directement intéressé à la solution du litige, la Cour devrait s'abstenir.

Est-ce vraiment cela que la Cour a dit dans son arrêt de 1954 ? En aucune façon. Et sur ce point, comme sur les autres, nous nous trouvons en présence d'une déformation essentielle de l'arrêt.

Sans doute l'arrêt constate-t-il que l'Albanie et l'Italie sont directement intéressées dans le litige. Mais cet intérêt direct, la Cour le qualifie. Ce n'est pas un intérêt quelconque, même important, c'est l'intérêt d'une partie en cause, d'un État qui est engagé dans le différend sur lequel la Cour doit se prononcer.

« L'Italie », dit l'arrêt, « estime avoir contre l'Albanie droit à réparation d'un délit international... En conséquence, pour déter-

miner si l'Italie a titre à recevoir l'or, il est nécessaire de déterminer si l'Albanie a commis un délit international contre l'Italie et si elle est tenue à réparation envers elle...

Examiner au fond de telles questions serait trancher un différend entre l'Italie et l'Albanie.

La Cour ne peut trancher ce différend sans le consentement de l'Albanie. »

Ainsi, la Cour constate l'existence d'un différend entre deux États: l'Italie et l'Albanie. Elle constate, d'autre part, qu'en répondant à la question qui lui est posée, elle trancherait ce différend. Et comme l'un des États qui sont parties au différend n'a pas donné son consentement à la juridiction de la Cour, celle-ci se voit dans l'impossibilité de statuer, en vertu du principe fondamental que je rappelais il y a un instant.

Ce n'est donc pas l'existence d'un intérêt de l'Albanie dans le litige qui a empêché la Cour de donner suite à la requête; c'est le fait qu'il s'agissait de se prononcer sur un différend international dont l'une des parties ne consentait pas à ce que ce différend fût soumis à la Cour.

Et pour qu'aucun malentendu ne soit possible, la Cour ajoute un peu plus loin:

« ... les intérêts juridiques de l'Albanie seraient non seulement touchés par une décision, mais constitueraient l'objet même de ladite décision ».

Il ne suffit donc pas que les intérêts de l'État tiers soient touchés, il faut qu'ils constituent l'objet du différend. Il faut que cet État soit partie au différend et que la Cour soit amenée, si elle statue, à trancher le différend dont il s'agit.

Il peut arriver que les intérêts des États tiers soient engagés dans un différend dont la Cour est saisie. Cette hypothèse n'a pas échappé aux rédacteurs du Statut. Ils l'ont envisagée à l'article 62. Or, l'article 62 est formel. Il n'apporte aucune restriction à la compétence juridictionnelle de la Cour. Il se borne à permettre aux États intéressés d'adresser à la Cour une requête aux fins d'intervention, en ajoutant que la Cour statue.

Si la Cour estime que la requête est insuffisamment fondée ou si aucune requête ne lui a été adressée, la procédure suit son cours normal, sans aucune participation des tiers intéressés.

De plus, l'article 62 n'envisage la possibilité d'intervention que si l'État tiers — et il s'agit toujours bien entendu d'un État — fait valoir un intérêt d'ordre juridique (« Lorsqu'un État estime que, dans un différend, un intérêt d'ordre juridique est pour lui en cause », etc.). Or, à côté des intérêts d'ordre juridique, il y en a d'autres; il y a des intérêts de fait, politiques, économiques, etc., qui peuvent être considérables.

Un État dont les intérêts seraient affectés par l'issue du procès, mais sans que ces intérêts aient un caractère juridique, n'aurait même pas la ressource de présenter une requête aux fins d'intervention. Les auteurs du Statut ont pensé qu'il ne fallait pas aller jusque-là.

Et, dans tous les cas — je le répète — les intérêts des États tiers — qu'ils soient juridiques ou non — ne font jamais obstacle à l'exercice par la Cour de sa juridiction.

Ce qui fait obstacle à la juridiction de la Cour, c'est l'absence de consentement de l'État en cause, lorsque cet État est partie au différend international sur lequel la Cour devrait statuer.

Je ne suppose pas que la Partie adverse aille jusqu'à prétendre que l'administration de fait des enclaves serait le gouvernement légal d'un État; que cet État serait partie au différend dont la Cour est saisie et qu'il faudrait donc son consentement pour que le différend soit valablement soumis au jugement de la Cour.

Nos estimés contradicteurs ne négligent rien pour rehausser le prestige des prétendus insurgés. Il leur serait cependant impossible de pousser la complaisance jusque-là. Car — et c'est le dernier point qu'il me faut rappeler au sujet de la thèse indienne que nous examinons en ce moment — non seulement l'administration des enclaves n'est pas le gouvernement d'un État, mais elle n'a même pas de personnalité juridique sur le plan international.

La prétendue reconnaissance que le Gouvernement de l'Inde déclare lui avoir accordée après le débat sur les exceptions préliminaires n'aurait certainement pas d'effet — à supposer qu'on lui prête une valeur quelconque — en dehors du champ extrêmement limité des rapports de cette administration avec l'Inde et des matières administratives pour lesquelles des contacts ont été pris.

Cette reconnaissance ne pourrait affecter que les rapports des insurgés avec l'Inde dans le cadre étroit que je viens de dire et, par conséquent, ne pourrait avoir aucun effet sur le procès actuel. Cette reconnaissance n'aurait évidemment rien de commun avec ce que la Cour a désigné comme une reconnaissance « objective » dans son avis consultatif de 1949. Elle ne serait certainement pas opposable au Portugal et ne pourrait avoir aucun effet sur la compétence de la Cour dans l'espèce actuelle.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans son contre-mémoire le Gouvernement indien avait soutenu quatre thèses pour tenter de prouver que les circonstances actuelles feraient obstacle à l'exercice du droit de passage.

Dans sa duplique, il en ajoute, semble-t-il, une cinquième, dont il est d'ailleurs difficile de savoir s'il la présente formellement et en quelque sorte sur la même ligne que les autres, ou s'il se borne à l'esquisser à tout hasard comme une dernière surcharge, si je puis ainsi dire.

Voici ce qui est dit au paragraphe 650 de la duplique:

« On pourrait également énoncer d'une façon plus générale la réponse faite par l'Inde à la revendication portugaise en se fondant sur la modification fondamentale de la situation qui a résulté de l'insurrection et de l'établissement d'un gouvernement local *de jacto* — c'est-à-dire en se fondant sur la règle *rebus sic stantibus*. »

Cette façon de s'exprimer n'est évidemment pas très précise. Elle n'énonce pas clairement si l'Inde invoque la doctrine *rebus sic stantibus* comme une justification distincte de sa prétention, ou si elle se borne à y faire allusion pour reprendre, sous une forme générale, ce qui est déjà contenu dans les thèses précédentes.

Quoi qu'il en soit, supposons qu'elle l'invoque comme une justification distincte.

Voici, dans ce cas, la réponse que nous faisons.

Nous commençons par constater que si cette doctrine a été souvent invoquée dans les relations internationales par les États désireux de se libérer de leurs engagements, il est par contre extrêmement rare qu'elle ait été accueillie par la jurisprudence.

Nous constatons ensuite qu'il règne sur sa portée une extrême confusion et que les auteurs en donnent les interprétations les plus diverses, sauf sur un point : c'est qu'elle ne constituerait en tout cas qu'un *mode d'extinction des traités*. La doctrine *rebus sic stantibus* ne concerne ni les coutumes ni les principes généraux de droit. Elle est simplement un correctif apporté au principe *pacta sunt servanda*. Elle permet d'échapper à certaines conséquences pratiquement inacceptables de ce principe. Poussé à l'extrême, le principe *pacta sunt servanda* conduirait, en effet, à maintenir indéfiniment des engagements conventionnels, quelles que soient les modifications subies par les circonstances qui avaient amené les parties contractantes à se lier les unes aux autres. On comprend qu'en cette matière la doctrine *rebus sic stantibus* puisse être une soupape de sûreté.

En revanche, quand il s'agit du droit coutumier, elle perd toute signification, car c'est précisément le propre de la coutume que d'évoluer avec les mœurs et les nécessités de la vie sociale.

Et quand il s'agit des principes généraux, la même remarque s'impose.

Les principes généraux de droit résultant de la similitude des droits internes ont le même caractère évolutif que la coutume, puisque les droits internes dont ils sont, en quelque sorte, le reflet, s'adaptent naturellement aux transformations de la vie sociale et des idées régnantes.

Quant aux principes qui sont inhérents à la structure fondamentale de l'ordre juridique international, ils échappent évidemment à l'action des circonstances. Ils ne disparaîtraient que le jour où cette structure elle-même viendrait à s'effondrer.

Cependant la duplique indienne entend faire application de la règle *rebus sic stantibus* non seulement aux accords qui ont été conclus jadis par le Portugal avec les Mahrattes, mais aussi à la coutume et aux principes généraux sur lesquels repose notre droit. C'est dit expressément au paragraphe 650. Une telle prétention sort manifestement du cadre qui a toujours été assigné à la règle en question et qui doit nécessairement la circonscrire pour les raisons que je viens de rappeler.

Mais une autre observation doit être faite qui enlève toute valeur à la thèse indienne.

C'est que le changement de circonstances dont l'Inde fait état ne répond aucunement aux conditions requises pour que la doctrine *rebus sic stantibus* puisse recevoir application.

De quels changements s'agit-il en effet dans cette doctrine? Il s'agit de changements qui affectent les bases mêmes de la *situation conventionnelle* qui est en cause. Il faut que la situation en raison de laquelle le traité a été conclu ait subi des modifications si profondes que le maintien en vigueur du traité ait perdu sa justification. Or le droit de passage du Portugal trouve sa base dans une situation qui ne s'est pas modifiée, dans une situation dont les éléments constitutifs sont toujours les mêmes. Cette situation qui domine tout le procès, quelle est-elle?

Elle consiste en ceci : que le Portugal est souverain des enclaves ; que cette souveraineté a été reconnue par les souverains successifs de l'Inde, y compris l'Union indienne, et que pour exercer sa souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli le Portugal se trouve dans la nécessité absolue de passer par les quelques kilomètres de territoire indien qui séparent les éléments de son territoire. Le jour où le Portugal ne serait plus souverain des enclaves, il ne pourrait plus être question, évidemment, de lui reconnaître un droit de passage, ce droit étant indissolublement lié au maintien de sa souveraineté.

Ah! si le Gouvernement indien était en mesure de démontrer que la souveraineté portugaise a pris fin dans les enclaves, alors les revendications du Portugal seraient du même coup condamnées. Mais il ne faudrait pas invoquer la doctrine *rebus sic stantibus* pour justifier cette condamnation. Elle résulterait de la disparition même de la souveraineté, qui est la base nécessaire du droit de passage.

C'est tout le problème qui se trouverait résolu, parce que les bases mêmes de la demande portugaise auraient été anéanties s'il y avait ainsi une disparition de cette souveraineté.

Je sais bien que le Gouvernement de l'Inde a essayé de prétendre, dans un passage de la duplique, que nous serions dans ce cas. Il a essayé de prétendre que la crise insurrectionnelle serait liquidée au profit des insurgés et que, par conséquent, le Portugal aurait perdu son droit de souveraineté.

J'ai réfuté cette affirmation qui est proprement insoutenable.

La souveraineté du Portugal sur les enclaves existe toujours. Les circonstances nouvelles ne l'ont aucunement abolie. Tout ce que l'on peut peut-être soutenir — et c'est précisément la question qui est posée par la quatrième partie de la duplique —, c'est que ces circonstances nouvelles justifieraient une suspension provisoire de l'exercice du droit de passage.

J'ai rencontré jusqu'ici différentes thèses qui ont été mises en avant par nos honorables contradicteurs pour justifier cette suspension provisoire au nom des circonstances actuelles. Je crois avoir démontré que les thèses que j'ai examinées jusqu'ici n'apportent aucunement cette justification. Il me restera alors — et ce sera pour la fin de ma plaidoirie — à examiner la question de savoir s'il existe, pour l'ordre intérieur de l'Inde, un danger réel, un danger suffisant pour justifier une suspension temporaire du passage de forces armées portugaises. Mais c'est là une question qui est absolument indépendante de la doctrine *rebus sic stantibus*.

[Audience publique du 6 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans la quatrième partie de sa duplique, le Gouvernement de l'Inde soutient que si le Portugal possède un droit de passage pour accéder à ses enclaves, ce droit ne pourrait pas être exercé dans les circonstances actuelles. A l'appui de cette prétention, il fait valoir une série de thèses.

J'ai eu l'honneur de les discuter hier, sauf une que je me propose d'examiner maintenant.

La thèse dont il s'agit est exposée dans les paragraphes 345 et 346 du contre-mémoire et dans les paragraphes 627 à 634 de la duplique:

« Il serait très probable », lit-on au paragraphe 345 du contre-mémoire, « que la population insurgée s'opposerait à l'entrée dans l'enclave des forces armées de la police et des fonctionnaires envoyés pour les soumettre. Pour cette raison, il y aurait un risque grave d'hostilités ou d'émeutes aux frontières des enclaves et même à l'intérieur de l'État accordant le passage. Ce risque serait d'autant plus grave dans le cas d'enclaves qui, comme Dadrá et Nagar-Aveli, n'ont ni postes frontières ni barrières d'aucune sorte entre elles et les territoires avoisinants. »

Nous sommes ici évidemment sur un plan différent de celui où se situent les autres aspects de l'argumentation indienne. L'objection n'est plus liée à la question de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas insurrection de la population des enclaves. La question est liée au danger que le passage ferait courir à l'ordre public de l'Union indienne.

Or, ce danger, à supposer qu'il fût à craindre, serait indépendant du point de savoir si l'on se trouve, dans les enclaves, en présence d'une véritable insurrection.

C'est le danger lui-même, c'est le risque couru par l'ordre intérieur de l'Inde, indépendamment de toute autre considération, qui est invoqué comme justification.

Le contre-mémoire indien rappelle, à cet égard, que le Portugal n'a jamais prétendu revendiquer un droit qui porterait atteinte à l'ordre public de l'Inde. Au contraire, dit-il :

« Le Portugal a reconnu dans les termes les plus exprès que les droits de passage qu'il peut avoir ne comportent aucune immunité de la juridiction indienne et, par conséquent, qu'ils sont soumis aux exigences de l'ordre public indien sur le territoire par lequel le passage a lieu. »

C'est dit au paragraphe 345 du contre-mémoire.

Nous sommes d'accord à ce sujet, et j'ai pris soin de le souligner dans la première partie de ma plaidoirie, quand j'ai précisé la portée de notre demande.

Voici d'autre part ce que nous avons dit au paragraphe 388 de notre réplique :

« Si le passage de ces forces par les quelques kilomètres de route qui conduisent de Damão aux enclaves apparaissait, à un moment donné, comme étant effectivement de nature à provoquer des actes de violence sur le territoire indien, il [le Gouvernement portugais] n'hésiterait pas à admettre que le passage puisse être momentanément suspendu pour cette raison. »

La question qui se pose est donc de savoir si le danger est réel et s'il est suffisant pour justifier le lourd sacrifice qui serait imposé au Portugal.

La duplique énonce à ce propos une opinion que nous ne pouvons pas admettre. Elle prétend que le pouvoir d'apprécier les risques courus par l'ordre public indien appartient à l'Inde seule et que le Portugal devrait accepter cette appréciation. Elle va même jusqu'à soutenir qu'adopter un autre point de vue serait contraire à l'affirmation que notre droit de passage ne comporte aucune exemption à l'égard de la souveraineté de l'Inde.

C'est ce qui est exposé aux paragraphes 631 à 633 de la duplique.

Une mise au point me paraît nécessaire. Nous disons bien, et nous répétons encore, que le droit de passage que nous revendiquons reste soumis à la souveraineté de l'Inde et qu'il ne comporte aucune immunité. Mais nous n'avons jamais dit que la compétence de l'Inde était, en cette matière, une compétence discrétionnaire. Nous avons toujours soutenu, au contraire, que c'est une compétence liée, une compétence dont l'exercice est soumis à une obligation. C'est l'essence même de notre thèse.

Nous ne pouvons donc pas admettre que son pouvoir d'appréciation serait discrétionnaire.

Si l'Inde invoquait des périls imaginaires pour suspendre, de telle ou telle manière, l'exercice du droit de passage, elle commettrait manifestement un abus. Elle irait à l'encontre de son obligation. Et le Portugal aurait le droit de contester la légitimité de cette attitude.

Il est donc certain que les raisons qui sont mises en avant par la Partie adverse relèvent de l'appréciation de la Cour.

Quelle est à cet égard la situation? J'ai eu l'honneur de donner lecture, il y a un instant, du paragraphe 345 du contre-mémoire, qui décrit le danger auquel l'ordre public indien serait exposé, d'après nos adversaires, si des forces armées portugaises passaient par le territoire indien pour se rendre dans les enclaves.

Il en résulte que ce que l'Inde redoute, ce sont des troubles aux frontières des enclaves et même, dit-elle, à l'intérieur de son propre territoire.

Le Gouvernement indien envisage certaines répercussions de la résistance des autorités locales, des répercussions que cette résistance pourrait avoir sur le territoire indien. Il suppose que les détenteurs de l'autorité de fait dans les enclaves s'opposeraient à l'entrée des forces portugaises.

Mais il faut relever d'abord que cette supposition n'est peut-être pas aussi certaine qu'on veut bien l'affirmer; car rien ne dit que sans la protection que leur assure aujourd'hui le refus de passage opposé par l'Inde au Portugal, les occupants maintiendraient leur attitude actuelle.

Il est très possible que le jour où ils verraient disparaître la protection à l'abri de laquelle ils peuvent agir impunément, leur comportement se modifierait.

Supposons cependant qu'ils résistent à l'entrée de forces portugaises, cette résistance, c'est sur le sol des enclaves qu'elle se manifesterait. Pour que le territoire indien fût lui-même menacé, il faudrait que les occupants des enclaves y pénétrant. Il faudrait que dans l'ardeur du combat, ils poursuivent l'adversaire en territoire étranger. Nous voilà devant une autre hypothèse.

Or, je fais observer ici que l'Inde possède incontestablement les moyens de se prémunir contre cette éventualité.

Les forces aux prises ne seraient certainement pas bien considérables. Et il ne faudrait pas au Gouvernement indien un gros effort pour se mettre à l'abri d'un reflux de ces forces sur son territoire.

L'Inde a donc sans aucun doute le moyen de se protéger efficacement contre le danger que son ordre intérieur pourrait éventuellement courir.

Pour le Portugal, la situation est toute différente. Étant donné ce qui s'est passé dans les enclaves, le Gouvernement portugais ne pourrait évidemment pas y rétablir l'ordre légal sans le concours d'une force de police. Continuer à le priver de ce moyen, en interdisant le passage de toute force armée, c'est donc inévitablement prolonger la paralysie dont le Gouvernement de l'Inde l'a frappé depuis le début des événements.

Tandis que le Gouvernement indien peut se protéger aisément contre le risque éventuellement couru par son ordre intérieur en cas de passage des forces portugaises, le Portugal, lui, en revanche, n'a aucun moyen d'échapper aux conséquences du refus de passage.

Si la situation actuelle se prolonge, si les occupants continuent à se sentir immunisés contre toute action du gouvernement légal par le refus que l'Inde oppose à la demande de passage du Portugal, c'est la souveraineté portugaise qui est atteinte dans ses œuvres vives, car l'exercice de cette souveraineté demeurerait impossible.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour apprécier l'argumentation indienne, il faut tenir compte des divers éléments que je viens de rappeler.

Quelle conclusion peut-on en tirer?

Le Gouvernement portugais est convaincu que l'Inde dramatise la situation pour donner à son opposition une justification apparente. Et il ne peut pas s'empêcher de rappeler que le refus de passage a déjà été opposé au Portugal au mois de juillet 1954, alors que l'invasion de Nagar-Aveli n'avait même pas encore commencé.

Le risque qu'on dénonce aujourd'hui n'existait certainement pas à cette époque.

Le Portugal juge donc tout à fait insuffisant en fait l'argument présenté par l'Inde au sujet des menaces que le passage de forces armées ferait courir à sa sécurité et à son ordre intérieur.

Si la Cour était d'un autre avis, si elle estimait que ce passage comporte, dans les circonstances exceptionnelles du moment, un danger trop grave pour l'ordre public indien, la conséquence en serait que la suspension temporaire du passage de forces portugaises se trouverait justifiée dans la mesure où ce passage constituerait effectivement un péril pour l'ordre intérieur de l'Inde.

Sur cette conséquence nous sommes d'accord.

Il nous paraît nécessaire cependant de ne laisser place à aucun malentendu.

Le premier point que nous tenons à souligner, c'est qu'il s'agirait, en ce cas, d'une *mesure temporaire*.

Le deuxième point, c'est que cette mesure, étant justifiée par un certain danger, devrait nécessairement prendre fin dès que sa justification cesserait d'exister.

La situation actuelle est une situation fluide, qui est influencée par les circonstances.

La Cour, en se prononçant sur la réalité du danger invoqué par l'Inde, ne peut le faire qu'à la lumière de l'état actuel des choses. En attendant le rétablissement de la situation normale, les circonstances peuvent subir et subiront certainement des modifications.

Il est bien évident que, si ces modifications entraînaient la disparition du danger en vertu duquel le passage de forces armées aurait été suspendu, cette suspension n'aurait plus de raison d'être et devrait donc prendre fin.

En dernier lieu, il est essentiel de souligner que, pendant la suspension, il serait inadmissible que l'Inde procédât à des mesures ayant pour effet d'aggraver ou de consolider la situation qui est en cause.

Il n'est assurément pas permis de se prévaloir d'une situation de fait pour échapper provisoirement à ses obligations, et de contribuer par ailleurs à aggraver cette situation ou à retarder le moment de sa disparition.

Le Gouvernement de l'Inde devrait donc s'abstenir rigoureusement de toute mesure tendant à renforcer l'administration de fait des enclaves ou à prolonger son existence.

La suspension provisoire de forces armées ne pourrait être admise que si elle était assortie de cette condition.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'examen auquel la quatrième partie de la duplique indienne m'a obligé de procéder est enfin terminé. Je crains d'avoir soumis votre patience à une longue épreuve

et je vous prie de bien vouloir m'en excuser. Mais les questions soulevées par la Partie adverse étaient nombreuses et parfois complexes. Il était nécessaire de les passer toutes en revue et de s'arrêter aux nombreux arguments par lesquels nos estimés contradicteurs ont tenté de justifier leurs thèses.

Avant de quitter la barre, il me reste un mot à dire de ce qui fut la cinquième exception préliminaire du Gouvernement indien.

Heureusement, la question trouve déjà sa réponse dans ce que j'ai eu l'honneur d'exposer.

La cinquième exception préliminaire est fondée sur le fait que, dans la déclaration du 28 février 1940 par laquelle il a accepté la juridiction obligatoire de la Cour, le Gouvernement indien a exclu de cet engagement les différends qui, d'après le droit international, relèvent exclusivement de sa juridiction.

Pour que cette exception fût justifiée en l'espèce, il faudrait donc ou bien qu'aucun des titres invoqués par le Gouvernement portugais à l'appui de sa demande ne relevât du droit international, ou bien qu'aucun de ces titres ne fût fondé.

Or, les considérations que les conseils du Portugal ont eu l'honneur de développer devant la Cour démontrent que ni l'une ni l'autre de ces deux hypothèses ne se trouve réalisée.

Les titres sur lesquels le Portugal s'appuie pour justifier sa demande relèvent tous de l'ordre juridique international, qu'il s'agisse de traités, de coutumes ou de principes généraux de droit.

C'est donc évidemment à la lumière du droit international et conformément à ses prescriptions que nous prions la Cour de statuer sur nos demandes.

Que ces titres soient fondés en l'espèce, c'est ce que nous croyons avoir amplement établi.

Il est impossible de prétendre, dans ces conditions, que les questions faisant l'objet du différend relèveraient, d'après le droit international, de la juridiction exclusive de l'Inde.

La cinquième exception préliminaire de la Partie adverse doit donc être incontestablement rejetée.

Avec votre permission, Monsieur le Président, M. le doyen Telles présentera maintenant les observations qu'appelle la sixième exception préliminaire de l'Inde et il donnera ensuite lecture des conclusions du Gouvernement portugais.

9. PLAIDOIRIE DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DU 6 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 6 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Je vais, conformément au plan établi, traiter de la sixième exception opposée par le Gouvernement indien à la requête du Gouvernement portugais.

Dans son arrêt du 26 novembre 1957, la Cour, se basant sur le fait que l'appréciation de la sixième exception aurait, à ce stade de l'affaire, impliqué « le risque de préjuger certains points étroitement liés au fond », décida d'en reporter l'examen à cette phase finale.

Voici donc venu le moment d'examiner cette exception. Elle est restée au point où l'a abandonnée la discussion orale de septembre-octobre 1957. Le Gouvernement de l'Inde, en effet, ne s'en est pas occupé dans ses écritures postérieures, et le Gouvernement portugais en a, naturellement, fait autant, tout en se réservant, comme le Gouvernement de l'Inde, le droit d'ajouter de nouveaux arguments et de nouvelles conclusions (réplique, paragraphe 2).

Cette sixième exception, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, prétend se baser sur la limitation *ratione temporis* de l'acceptation de la juridiction de la Cour par l'Inde.

L'Inde, par sa déclaration du 28 février 1940, a accepté cette juridiction pour les différends « s'élevant après le 5 février 1930, relativement à des situations ou faits postérieurs à cette date ».

Les différends soumis à la juridiction de la Cour, en vertu de la déclaration indienne, sont assujettis à cette restriction d'ordre chronologique; et d'après la Partie adverse ce litige serait précisément frappé par cette restriction, car il se situerait en dehors des limites de temps dans lesquelles la Cour peut exercer sa compétence.

A ce sujet il faut, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, signaler les profondes modifications que la Partie adverse a fait subir à l'énoncé de ce moyen de défense et au fondement qu'il lui donne au cours du procès.

Il est intéressant de mettre succinctement en lumière ces modifications, car elles révèlent, du seul fait qu'elles existent, les incertitudes et la faiblesse du raisonnement de nos distingués contradicteurs.

De la sixième exception, après ces mutations successives, il ne reste plus que son numéro: une teneur entièrement nouvelle a été substituée au contenu initial.

Comment cette exception se présente-t-elle sous sa forme première, telle qu'elle est énoncée dans la *Preliminary Objection*?

Elle ne se fondait, dans cet écrit, que sur la seconde partie de la réserve *ratione temporis* de la déclaration indienne et, de plus, ne revêtait qu'un caractère conditionnel.

Dans la *Preliminary Objection*, en effet, le Gouvernement indien formulait un raisonnement qui peut se résumer ainsi: il ne ressortait pas

des preuves avancées jusqu'à ce moment du développement du procès — affirmait-il — que le Portugal ait jamais prétendu avoir un droit de passage entre Damão et les enclaves postérieurement à 1891 — ou plus exactement 1892 —, date où le Traité luso-britannique de 1878 cessa d'être en vigueur. La prétention portugaise à ce droit ne se serait donc située que pendant la période ayant précédé l'expiration dudit traité.

Si les preuves étaient restées telles, la sixième exception, d'après le Gouvernement indien lui-même, apparaîtrait comme dénuée de fondement.

Mais le Gouvernement indien avançait l'hypothèse que le Portugal, au moyen de nouvelles preuves, serait arrivé à démontrer qu'il avait continué, même après la période où le Traité de 1878 avait fonctionné, à se prétendre titulaire d'un droit de passage. Et il soutenait que si les faits corroboraient cette hypothèse, les preuves produites à l'époque déjà de la *Preliminary Objection* permettraient de constater que les autorités britanniques et indiennes avaient toujours rejeté cette prétention.

Donc, concluait le Gouvernement indien, dans l'hypothèse prévue, le différend soumis à l'appréciation de la Cour tomberait sous le coup de la seconde partie de la réserve de temps mentionnée plus haut.

En effet, s'il était prouvé que le Portugal avait prétendu, entre 1891 — ou mieux 1892 — et le dépôt de la requête, avoir un droit de passage, il en résulterait — toujours d'après la Partie adverse — que le différend se rapporterait à une situation antérieure au 5 février 1930 et se trouverait de ce fait exclu de la compétence de la Cour.

Je n'ai pas besoin de m'arrêter à la critique de cette argumentation : le Gouvernement indien l'a déjà abandonnée et elle a, d'ailleurs, été réfutée par le Gouvernement portugais dès les observations sur les exceptions préliminaires.

On ne peut, toutefois, s'empêcher de faire remarquer combien cette argumentation est étrange, combien est étrange, en particulier, l'affirmation selon laquelle les preuves attestaient le rejet d'une prétention dont il est dit qu'elle n'a jamais été émise.

Ainsi, d'une part, les autorités portugaises n'avaient pas prétendu au droit de passage, mais, d'autre part, les autorités britanniques et indiennes le leur avaient pourtant dénié.

Comment peut-on refuser d'admettre une prétention inexistante?

La question est insoluble, et cette impossibilité d'y répondre met bien en évidence tout un côté captieux des raisonnements de la Partie adverse.

Un autre trait mérite encore d'être souligné : la sixième exception, sous sa première forme, se basait exclusivement sur la seconde partie de la réserve temporelle.

L'Union indienne ne contestait pas que le différend eût surgi postérieurement à 1930. Elle prétendait seulement que ce différend concernait une situation antérieure à cette date — ou, mieux, aurait concerné, si la preuve s'était modifiée selon le sens qu'elle prévoyait comme possible.

Au cours des plaidoiries sur les exceptions préliminaires, nos éminents contradicteurs en vinrent à adopter, à l'égard de cette sixième exception, une position absolument différente de celle présentée par la *Preliminary Objection*.

D'ailleurs, quand les représentants de la Partie adverse se prononcèrent oralement pour la première fois sur la question, ils ne s'écartèrent pas sensiblement de la version écrite du Gouvernement de l'Inde.

C'est ce qui ressort de la plaidoirie de sir Frank Soskice prononcée à la séance de l'après-midi du 27 septembre 1957 (procédure orale, pp. 100-101).

On doit cependant déjà noter, quant aux dates, une différence entre cette version et la *Preliminary Objection*. Suivant celle-ci — la *Preliminary Objection* —, l'absence de prétention portugaise à un droit de passage ne s'était manifestée qu'à partir de 1891 — ou, mieux, 1892 —, c'est-à-dire après l'expiration du Traité luso-britannique.

D'après sir Frank Soskice, au contraire, cette absence de prétention au droit de passage remontait à une date plus lointaine: elle aurait daté de 1818, c'est-à-dire du commencement de la souveraineté britannique sur les territoires intercalés entre Damão et les enclaves.

Je ne peux manquer de faire ressortir cette différence qui permet de constater les hésitations de nos adversaires et le flottement de leur pensée.

A ce qu'il semble, pour sir Frank Soskice nous nous serions considérés comme titulaires du droit de passage pendant la période mahratte; mais non au delà, pas même pendant celle où le Traité de 1878 fut en vigueur.

Or, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ceci est en contradiction avec tout l'ensemble de la thèse indienne d'après laquelle nous n'avons jamais eu de droit de passage.

Mais laissons de côté ces tergiversations de nos éminents contradicteurs et regardons quelle a été la position finale assumée par eux dans leurs plaidoiries de 1957.

Dans leur dernière intervention au cours de ces plaidoiries, ils changèrent radicalement la portée et le contenu de la sixième exception.

Au moyen des considérations produites à la barre par M. l'Attorney General de l'Inde, dans la séance de l'après-midi du 7 octobre 1957 (procédure orale, pp. 224-232), la sixième exception prit une ampleur plus considérable et une physionomie complètement nouvelle. Nos antagonistes, par une virevolte de la dernière heure, nous placèrent inopinément devant une matière et une argumentation totalement différentes de celles qui avaient figuré aussi bien dans les écritures que dans la première phase des plaidoiries.

En effet, et d'une part, la sixième exception — qui, au début, était restreinte à la seconde partie de la réserve temporelle de la déclaration indienne — venait, à la fin, s'appuyer aussi sur la première partie de cette réserve.

D'autre part, la sixième exception devenait indépendante de l'évolution future du matériel probatoire. Dans cette nouvelle version, selon nos distingués contradicteurs, la sixième exception aurait dû jouer, même en face des preuves déjà produites à l'époque.

Du côté portugais, les différentes versions de la sixième exception furent réfutées. D'abord dans les observations sur les exceptions préliminaires, paragraphes 153 à 158; ensuite dans mon intervention à la séance du matin du 1^{er} octobre 1957 (procédure orale, pp. 127-129); enfin, dans mon intervention au cours de la séance de l'après-midi du 10 octobre 1957 (procédure orale, pp. 244-251).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comme je l'ai rappelé, la Cour a décidé de joindre la sixième exception au fond. Je vais donc la reprendre dans la dernière version présentée par les illustres représentants de la Partie adverse.

Il faut faire remarquer tout d'abord que, comme il a déjà été observé, la sixième exception, dernière version, en arrive à se fonder non plus,

comme au début, uniquement sur la seconde partie de la réserve temporelle de la déclaration indienne, mais encore sur la première partie de cette réserve. Celle-ci, en effet, se dédouble en deux parties qui excluent la juridiction de la Cour :

— La première, les différends nés avant le 5 février 1930;

— La seconde, les différends qui, bien qu'ayant pris naissance après le 5 février 1930, se rapporteraient à des situations ou à des faits antérieurs à cette date.

Dans la première partie, il s'agit de l'époque de la naissance du différend; dans la seconde, de l'époque où se produisent les situations ou les faits auxquels celui-ci se réfère.

Or, au début, le Gouvernement de l'Inde ne se prévalait pas de la première partie de la réserve. Il reconnaissait que le différend était, en soi, postérieur à 1930.

Il ne se fondait que sur la seconde partie de la réserve. Il soutenait que le différend, bien que soulevé postérieurement à 1930, avait cependant trait à des situations ou à des faits antérieurs (ou mieux: y aurait eu trait, si la preuve avait évolué en un certain sens). Le différend ne se trouverait exclu du champ de juridiction de la Cour que pour cette raison.

Au contraire, dans la dernière version de l'exception, le différend non seulement se rapporte à des situations ou à des faits antérieurs à 1930, mais encore est, lui-même, antérieur à cette date.

En réalité, par ce procédé, nos honorables contradicteurs formulaient au fond une nouvelle exception.

L'exception temporelle que l'Union indienne opposait initialement à notre requête était la suivante: le différend concerne des situations ou des faits antérieurs à 1930.

Puis, au cours des plaidoiries de 1957, à cette exception temporelle vint s'en ajouter une nouvelle: le différend lui-même est antérieur à 1930. Cette nouvelle exception a été formulée en dehors des délais voulus car, selon les termes précis de l'article 62 du Règlement de la Cour, « toute exception préliminaire doit être présentée au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la Partie soulevant l'exception ».

La nouvelle exception, basée sur la première partie de la réserve indienne, ne remplit pas les conditions fixées par cet article.

Elle ne peut donc être prise en considération.

Mais, indépendamment et sans préjudice de cette observation, nous allons démontrer que cette défense du Gouvernement de l'Inde, tirée de la limitation *ratione temporis* de la juridiction de la Cour, n'est pas fondée.

Le différend actuel tombe sous le coup de cette juridiction, d'une part parce qu'il s'est produit postérieurement à 1930 (matière d'une exception, d'ailleurs, soulevée trop tardivement), d'autre part parce qu'il concerne des situations et des faits postérieurs à cette date.

Considérons successivement ces deux aspects.

Je crois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'on ne peut mettre en doute le fait que le différend soumis à votre appréciation ait pris naissance postérieurement à 1930 et même très postérieurement.

En quoi consiste le différend, objet de ce débat? En une opposition des points de vue du Portugal et de l'Union indienne sur l'existence ou l'inexistence du droit de passage entre Damão et les enclaves et, par voie de conséquence, sur le caractère licite ou illicite des obstacles mis à ce passage.

Le Portugal soutient qu'il possède ce droit et donc que l'Union indienne ne peut s'opposer au transit en question, une semblable opposition étant illicite.

L'Union indienne, au contraire, soutient que ce droit n'existe pas et qu'elle est libre d'empêcher le transit sans commettre pour autant un acte illicite.

L'existence ou l'inexistence du droit aux communications et le caractère licite ou illicite de la rupture de celles-ci et du maintien de cet état de choses — tel est le conflit d'opinions qui oppose les deux Gouvernements et constitue l'objet du présent litige.

A l'affirmation portugaise que le Portugal possède le droit de passage et que ce droit a été violé par l'Inde quand elle a interrompu les communications, puis maintenu cette rupture, à cette affirmation s'oppose la contestation indienne qui dénie la réalité de ce droit et le caractère illicite de cette rupture.

Le différend réside dans l'antagonisme, dans l'antithèse, entre cette prétention d'un côté et cette contestation d'autre côté.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je viens de définir le différend qui sépare le Portugal de l'Union indienne.

Ce différend, quand est-il né? Je crois être dans le vrai en répondant qu'il est né en 1954. Il est né, en effet, quand cette année-là s'ouvrit une controverse entre les deux États, provoquée par l'interruption des communications entre Damão, Dadra et Nagar-Aveli, et par les autres événements alors survenus. C'est en cette controverse que consiste le différend.

Cette année-là, l'Union indienne, de la manière qui a été rapportée en son temps, interdit à nos autorités d'accéder aux enclaves. Depuis lors, cette situation a été maintenue avec intransigeance.

C'est une fois ce fait survenu, cette situation créée, que le Portugal, les considérant comme contraires au droit international, a protesté contre eux et que l'Union indienne a répondu à ces protestations. Celles-ci, les protestations, et la réponse qui leur fut faite, font l'objet de la correspondance et des notes diplomatiques échangées entre les deux États au cours des années 1954 et 1955, après l'interruption des communications.

C'est par cette correspondance et ces notes que se manifesta une opposition de vues, un conflit d'opinions relatif au droit de passage.

Le Portugal se considérait comme ayant droit à cet accès, le droit qu'il revendiquait. Aussi dénonça-t-il comme illicite, comme lésant les règles juridiques internationales, l'empêchement apporté au transit avec les enclaves et réclama-t-il la cessation de cet empêchement. L'Union indienne s'y opposa.

Et elle manifesta cette opposition, non en nous déniaut, à proprement parler, dès cette époque, notre droit de passage (en réalité, elle ne commença à nous le dénier qu'au cours du procès actuel), mais en s'opposant en fait à l'exercice de ce droit.

C'est ainsi que prit naissance le différend actuellement soumis à la Cour.

Cette analyse se trouve d'ailleurs conforme à ce que la Cour a explicité dans son arrêt du 26 novembre 1957, relativement à la troisième exception indienne:

« Un examen de la correspondance et des notes présentées à la Cour révèle que le refus invoqué des facilités de transit vers les enclaves a fait l'objet de plaintes réitérées de la part du Portugal;

que ces plaintes ont été l'un des principaux objets des échanges de vues qui ont eu lieu; que, bien que ceux-ci entre les parties n'aient pas pris le caractère d'une controverse sur la nature et la portée du droit de passage, le Portugal a qualifié le refus du passage par lui réclamé comme étant incompatible non seulement avec les exigences des rapports de bon voisinage, mais aussi avec la coutume établie et le droit international en général; et que ces plaintes ont été vaines. »

Et la Cour ajoutait:

« ... les échanges diplomatiques qui ont eu lieu entre les deux Gouvernements font ressortir l'existence d'un différend entre eux à l'égard du principal point de droit actuellement soumis à la Cour, c'est-à-dire la question du droit de passage... ».

Le moment est venu, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, où il faut remarquer que l'Union indienne, à propos de la sixième exception, s'efforce de définir le différend en cause dans ce procès comme s'il résidait uniquement dans l'existence du droit de passage, et non en même temps dans sa violation.

Le différend se réduirait alors à une discussion plus ou moins abstraite relative à la réalité du droit d'accès aux enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli, mais n'aurait rien à voir avec les faits concrets que le Portugal impute à l'Union indienne comme constituant une infraction à ce droit.

Tel, du moins, semble être le sens des expressions de M. l'*Attorney General* de l'Inde dans ses plaidoiries de l'après-midi du 7 octobre 1957 (procédure orale, p. 225).

Or rien n'est moins exact. Ce n'est pas à la partie défenderesse qu'il revient de définir l'objet du différend; cette définition revient au demandeur, qui, selon le Statut, article 40, et le Règlement, article 32, devra indiquer l'objet du litige dès sa requête.

Or, dans sa requête, le Portugal ne se borne pas à demander que le droit de passage lui soit reconnu. Il demande également qu'il soit déclaré que l'Inde a empêché et continue à empêcher l'exercice de ce droit et qu'elle doit mettre fin à cette situation de fait illicite.

La même idée est exprimée dans les conclusions du mémoire et dans les conclusions présentées à la séance du 11 octobre 1957, reproduites à la page 139 de l'arrêt du 26 novembre suivant.

L'Union indienne ne peut amputer arbitrairement l'objet du différend. Elle ne peut dire que celui-ci ne s'occupe que de l'existence du droit de transit. Il y est aussi question du comportement de l'Inde, contraire à ce droit, de l'état de choses illicite imputé à cet État.

Et la confirmation de ce que je viens de dire, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous pouvons la découvrir dans un passage de mon éminent contradicteur le professeur Guggenheim, tiré de sa plaidoirie de la matinée du 25 septembre 1957 à propos de la troisième exception (procédure orale, pp. 51-52).

Mon honorable collègue, définissant la question qui, dit-il, « fait l'objet principal du présent litige », s'exprime textuellement comme suit:

« la question de savoir si certaines interdictions de passage par le territoire indien sont en principe conformes ou non au droit international ».

Le professeur Guggenheim reconnaît, et il ne pouvait manquer de le faire, que la question de savoir si « certaines interdictions » de passage sont

ou non conformes au droit international — c'est-à-dire sont ou non licites — fait partie de l'objet du litige: ces interdictions, ce sont celles que l'Union indienne a opposées et continue à opposer à l'accès de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Mais même si le différend se limitait — ce n'est pas vrai, je pense l'avoir démontré — à l'existence ou à l'inexistence du droit de passage, et n'englobait pas en outre la discussion relative au comportement illicite de l'Union indienne — pure hypothèse que rien n'appuie dans la réalité —, même ainsi, le différend n'aurait surgi qu'après, que bien après 1930.

La vérité, en effet, est que jamais, au cours de l'histoire, jamais ce droit n'a été l'objet de controverse. Jamais on en a discuté l'existence.

Tout le dossier en fait foi.

Avant de terminer ces considérations relatives à la date de la naissance du différend, qu'il me soit permis encore de formuler l'observation suivante.

On sait que l'Union indienne, à propos de la troisième exception, a été jusqu'à soutenir qu'avant le dépôt de la requête, il n'y avait pas eu vraiment de différend. C'est ce qui ressort des plaidoiries de M. le professeur Guggenheim et de M. l'*Attorney General* de l'Inde, reproduites dans la procédure orale, pages 53 et 214-215, et des conclusions du Gouvernement de l'Inde reproduites à la page 133 de l'arrêt du 26 novembre 1957.

Cette opinion extrême a été rejetée par la Cour.

Mais je voudrais bien recevoir une réponse à cette question: Comment nos honorables contradicteurs peuvent-ils concilier l'affirmation qu'il n'y aurait pas eu de différend véritable avant le dépôt de la requête avec l'affirmation que ce différend est ancien, qu'il remonte à une époque antérieure à 1930?

Pour les besoins de la troisième exception le différend serait postérieur à l'introduction de l'instance en 1955, pour les besoins de la sixième exception il serait antérieur à 1930.

Là encore l'incohérence de la position de la Partie adverse éclate et suffit, en soi, à rendre cette position insoutenable.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir démontré que le différend a surgi en 1954, après 1930 donc, demandons-nous si, par hasard, il concernerait des faits ou des situations antérieurs à cette dernière date.

Ici encore la réponse est négative.

Pour le prouver, je crois bon d'analyser succinctement les deux affaires invoquées par les deux Parties, *l'Affaire des Phosphates du Maroc* et *l'Affaire de la Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, à propos desquelles ont été prononcés les arrêts, pour la première, du 14 juin 1938 (C. P. J. I., série A/B, n° 74) et, pour la seconde, du 4 avril 1939 (C. P. J. I., série A/B, n° 77).

Cette analyse devient fort utile, voire indispensable, pour bien faire ressortir la portée de la jurisprudence sur la matière, et faire ainsi éclater en pleine lumière l'erreur de l'interprétation qu'en donne la Partie adverse et de l'application qu'elle en fait.

Examinons la première des affaires susmentionnées.

Dans celle-ci, l'Italie, État demandeur, imputait à la France, État défendeur, certaines activités illicites relatives aux phosphates du Maroc.

En bref, l'Italie accusait la France d'avoir, contrairement à ses obligations internationales, procédé à l'accaparement desdits phosphates. La France, prétendait l'Italie, avait fait de ceux-ci un monopole illicite.

Un *dahir* du 27 janvier 1920 avait réservé exclusivement au Maghzen la recherche et l'exploitation des phosphates.

Cette réserve était cependant limitée par la clause du respect des droits acquis. Le processus à suivre pour la reconnaissance de ces droits avait été fixé par un autre *dahir*, celui du 21 août 1920.

Or un sujet italien, M. Tassara, avait acheté, à deux sujets français, différents permis de recherche de phosphate délivrés par le service des Mines du Maroc en 1918 et 1919, antérieurement donc au premier des *dahirs* cités; ces permis, M. Tassara les avait à son tour cédés à la société italienne *Miniere e Fosfati*.

Les *dahirs* de 1920 une fois publiés, et en vertu de la clause du respect des droits acquis, M. Tassara, en tant que cessionnaire des permis, demanda au service des Mines la reconnaissance de la qualité d'inventeur des gîtes couverts par ces permis. En 1925 seulement, le service des Mines notifia à M. Tassara le rejet de cette demande, alléguant qu'il ne possédait pas la qualité qu'il se donnait.

Il s'ensuivit une série de démarches tant de la part des intéressés que de la part du Gouvernement italien, en vue d'obtenir le redressement du tort subi, ou un règlement amiable de la question, ou, tout au moins, la désignation de juges compétents pour annuler ou réformer la décision du service des Mines. Ces démarches prirent fin, sans avoir abouti, en 1934.

Telle était la façon dont le Gouvernement italien présentait les faits. Et en conséquence de ceux-ci, il demandait dans sa requête qu'il fût dit et jugé que l'accaparement des phosphates marocains était contraire aux obligations internationales de la France et qu'il devait donc être interdit, et subsidiairement que la décision du service des Mines de 1925 et le déni de justice postérieur étaient incompatibles avec l'obligation pour la France de respecter les droits acquis par la société italienne *Miniere e Fosfati*, les autorités du Maroc devant reconnaître à celle-ci la qualité d'inventeur.

Dans les écritures qui firent suite à la requête, le Gouvernement italien relata encore le fait, non mentionné dans celle-ci, de la participation de l'administration marocaine des phosphates au cartel phosphatier.

Le Gouvernement français opposa à la requête du Gouvernement italien une exception basée sur la réserve *ratione temporis* contenue dans sa déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour de 1931, selon laquelle cette juridiction s'appliquerait aux différends qui s'élèveraient après la déclaration et relatifs à des situations ou des faits postérieurs à celle-ci.

Le Gouvernement français soutenait que les situations et les faits dont procédait le différend étaient antérieurs à la date de son acceptation de la juridiction obligatoire — date que l'on convint de nommer « date critique » — et que, donc, la requête du Gouvernement italien était irrecevable. Ce dernier Gouvernement défendait la thèse opposée.

Comment la Cour envisagea-t-elle la question? Quel critère utilisa-t-elle pour décider?

La Cour en interprétant l'expression « situations ou faits au sujet desquels s'élève le différend » exposa avec la plus grande netteté le point suivant qui est d'une importance capitale (notamment dans l'appréciation de l'exception temporelle soulevée dans la présente affaire par le Gouvernement de l'Inde): de telles situations et de tels faits ne sont pas toutes les situations ni tous les faits récents ou anciens qui

constituent l'objet de la controverse entre les Parties. Il ne suffit pas qu'une discussion s'établisse sur un fait ou une situation déterminée — sur son existence ou son inexistence, sur son interprétation ou sur sa qualification, sur sa portée ou sa signification juridique. Rien de tout cela ne suffit pour que l'on puisse, sans plus, conclure que le différend a surgi au sujet de ce fait ou de cette situation.

Le juge Eysinga, dans son opinion dissidente, voulait donner toute cette latitude à l'expression en cause, mais la Cour ne le suivit pas dans son interprétation.

Pour la Cour, je le répète, les faits ou situations en question ne sont pas tous les faits ou situations controversés. Ce ne sont que ceux qui ont causé le différend: ou, selon l'expression même inscrite à la page 23 de l'arrêt du 14 juin 1938, « ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend ».

Il faut voir dans quel rapport les faits ou les situations se trouvent en face de la naissance du différend. Si celui-ci est vraiment né d'eux, s'il a en eux son origine ou sa cause, on peut alors affirmer, pour l'application de la réserve *ratione temporis*, que le différend a surgi en fonction d'eux.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une fois les faits ou les situations pertinents limités à ceux ou à celles qui ont déterminé le différend, il faut se demander quels sont, toujours d'après l'arrêt sur les *Phosphates du Maroc*, les faits ou les situations qui méritent véritablement le nom d'élément générateur du différend.

Le méritent — soulignons-le bien — les faits ou les situations que la Partie demanderesse impute à la Partie défenderesse comme illicites, comme violateurs du droit de la première et de l'obligation corrélative de la seconde.

Un État commet certains actes, crée certaines situations. Un autre État réproouve ces actes ou ces situations comme illicites. Il les déclare violateurs de son droit. Il voit en eux une infraction aux obligations internationales de l'État qui a commis ces actes ou créé ces situations, et donc une source pour celui-ci de responsabilité internationale.

Or, ces faits ou ces situations qu'un État commet ou crée et qu'un autre, plus ou moins tard, taxe d'illicites, comme contraires aux règles du droit international, ces faits ou ces situations sont ceux qui font naître le différend et donc ce sont eux seuls qui doivent être pris en considération pour l'application de la réserve *ratione temporis*.

Que cette orientation ait bien été celle suivie par la Cour dans l'*Affaire des Phosphates du Maroc*, c'est ce que montre fort clairement le passage de la page 23 de l'arrêt du 14 juillet 1938, où la Cour déclare qu'elle est appelée:

« à rechercher si, par leur date, les situations ou les faits qui sont invoqués par le Gouvernement italien comme formant l'objet du différend et engageant la responsabilité internationale de la France tombent ou non sous le coup de la limitation apportée par le Gouvernement français à son acceptation de la juridiction obligatoire ».

Comme on le voit par ce passage, d'après le critère de la Cour, on doit prendre les situations ou les faits imputés comme illicites par l'État demandeur à l'État défendeur — situations ou faits constitutifs de responsabilité internationale — et voir s'ils se situent avant ou après la « date critique ». S'ils se situent avant, le différend échappe à la juri-

diction de la Cour; s'ils se situent après, il tombe sous le coup de cette juridiction.

Cette orientation définie, la Cour n'eut plus de difficulté à accepter, dans le cas concret des *Phosphates du Maroc*, l'exception soulevée par la France, car réellement, les faits et situations que l'Italie lui imputait comme illicites étaient antérieurs à la « date critique », c'est-à-dire à 1931.

Ainsi, quant à la demande principale relative à « l'accaparement des phosphates marocains », la Cour mit en évidence que « la situation dénoncée par le Gouvernement italien comme illicite » avait sa source dans les *dahirs* de 1920; que ces *dahirs* étaient « les faits essentiels constitutifs du prétendu accaparement et, par conséquent, les véritables faits générateurs du différend relatif à cet accaparement »; et que ces *dahirs* étaient des « faits » qui, par leur date, échappaient à la juridiction de la Cour (arrêt du 14 juin 1938, pp. 25-26).

Comme on le voit, la Cour tint compte de la situation dénoncée par l'État demandeur comme illicite. Et si elle fit fonctionner, en faveur de l'État défendeur, la réserve *ratione temporis*, ce fut parce que cette situation procédait de faits antérieurs à 1931. Ces faits — les *dahirs* de 1920 — étaient ceux auxquels s'adressaient essentiellement les griefs du Gouvernement italien, comme étant des faits illicites, instituant le monopole qu'il prétendait contraire aux obligations internationales de la France.

Quant à la demande subsidiaire, le raisonnement suivi fut le même.

L'Italie se plaignait d'une prétendue éviction des sujets italiens, éviction qui aurait été contraire à l'obligation internationale de la France de respecter les droits acquis. C'était la situation dénoncée comme illicite par l'État demandeur.

Là encore, comme en ce qui concerne la demande principale, la Cour tint compte du fait — présenté évidemment lui aussi comme illicite — générateur de cette situation.

Ce fait était la décision, que l'on prétendait illégale, du service des Mines de 1925. Par sa date, il échappait à la juridiction de la Cour. C'est pourquoi la Cour, là encore, n'était pas compétente pour connaître de la demande subsidiaire.

L'Italie, sans doute, invoquait certains faits postérieurs à la « date critique » de 1931. C'était, d'une part, la formation du cartel phosphatier et la participation de l'administration marocaine à ce cartel (quant à la demande principale) et, d'autre part, un prétendu déni de justice (quant à la demande subsidiaire).

Mais la Cour entendit que ces faits n'étaient pas pertinents: par eux-mêmes et en eux-mêmes, ils ne formaient l'objet d'aucun différend entre l'Italie et la France.

La participation au cartel n'avait été qu'un aspect de l'accaparement institué en 1920 et dont l'Italie se plaignait. Le monopole avait rendu possible la participation au cartel, mais celle-ci ne changeait rien à la légalité ou à l'illégalité du monopole; or, c'était de cette légalité ou de cette illégalité qu'il s'agissait.

Quant au prétendu déni de justice, il se limitait à laisser subsister l'illégalité dont on prétendait qu'était viciée la décision prise par le service des Mines en 1925.

Le critérium de la Cour, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, était donc bien clair: il faut tenir compte de la situation ou des situations

dénoncées comme illicites par l'État demandeur (monopole des phosphates, éviction des sujets italiens) et voir quel fait ou quels faits, eux aussi illicites, leur ont donné naissance (*dahirs* de 1920, décision du service des Mines de 1925). Ces faits sont les faits générateurs du différend. De la date où ils se sont produits dépendra la compétence de la Cour.

Seront sans valeur, à cet égard, tous ceux postérieurs (participation au cartel, déni de justice), qui représentent de simples aspects, des manifestations, ou des développements de situations illicites engendrées et des faits illicites qui les ont fait naître.

C'est dans cette perspective que doit être entendue une phrase de l'arrêt que la Partie adverse cite, isolée de son contexte, et qui doit préalablement être réintégrée dans celui-ci.

La Cour affirme que l'État qui a accepté la juridiction obligatoire en la subordonnant à la réserve *ratione temporis* a voulu lui soumettre uniquement les différends vraiment nés de situations ou de faits postérieurs à la « date critique ». Et aussitôt après, elle ajoute à la page 24 :

« On ne saurait reconnaître une telle relation entre un différend et des éléments postérieurs qui supposent l'existence ou qui ne comportent que la confirmation ou le simple développement de situations ou de faits antérieurs, alors que ceux-ci constituent les véritables éléments générateurs du différend. »

« Alors que ceux-ci constituent les véritables éléments générateurs du différend » — souligne la Cour.

Or, d'après la Cour, les véritables éléments générateurs du différend sont les situations dénoncées comme illicites par l'État demandeur ou, plus précisément, les faits, illicites aussi, que cet État présente comme étant à la base, comme étant la cause ou l'origine de ces situations.

C'est là ce qu'il est impossible d'oublier si nous voulons faire une application correcte du critère défini par la Cour.

[Audience publique du 6 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'application au cas actuel du critère défini à l'occasion de l'*Affaire des Phosphates du Maroc* mène au rejet de la sixième exception indienne.

Selon ce critère, comme j'ai eu l'honneur ce matin de le rappeler, il faut seulement considérer la situation dénoncée comme illicite par l'État demandeur et examiner quel fait illicite cet État présente à l'origine de cette situation. S'il est antérieur à la « date critique », la Cour est incompétente; s'il est postérieur, la Cour est compétente.

Quelle est la situation dénoncée comme illicite par l'État portugais?

Cette situation est l'état d'impossibilité dans lequel les autorités portugaises se trouvent, du fait de l'attitude des autorités indiennes, d'accéder aux enclaves et d'y rétablir l'exercice de la souveraineté portugaise. C'est l'isolement des enclaves, leur manque actuel des liaisons nécessaires avec le reste du territoire national.

Tel est l'état de choses que le Gouvernement portugais reproche à l'Inde comme contraire à ses obligations internationales. De même que le Gouvernement italien, dans l'*Affaire des Phosphates du Maroc*, reprochait à la France, aussi comme contraires à ses obligations internationales, l'existence d'un monopole et la méconnaissance de certains droits de sujets italiens.

Et quel est le fait, ou quels sont les faits présentés comme illicites par le Gouvernement portugais dont procède la situation actuelle?

Ce sont les événements de 1954, déjà relatés, et parmi lesquels figurent les mesures d'interdiction du transit entre Damão et les enclaves.

C'est, avant tout, de ces événements, et notamment de ces mesures, que le Portugal se plaint, comme constituant des faits illicites, générateurs d'une situation qui se prolonge encore. De même que l'Italie se plaignait, avant tout, des *dahirs* de 1920, créateurs du monopole, et de la décision du service des Mines de 1925, récusant les droits invoqués par M. Tassara.

Ces *dahirs* de 1920 et cette décision du service des Mines de 1925 se situaient *avant* la « date critique », qui était 1931; c'est pourquoi l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée par la France fut acceptée.

Mais les événements de Dadrá et de Nagar-Aveli survenus en 1954, notamment les mesures d'interdiction du transit décrétées à la même époque, se situent dans notre cas *après* la « date critique », qui est 1930; c'est pour cela que l'exception d'incompétence *ratione temporis* soulevée par l'Inde doit être rejetée.

L'application exacte de l'orientation établie par la Cour dans son arrêt relatif aux *Phosphates du Maroc* conduit donc au rejet de la sixième exception indienne.

Les faits illicites les plus anciens dont se plaint le Portugal datent de 1954. Il ne se plaint d'aucun fait illicite antérieur à cette date, bien moins encore de faits antérieurs à 1930.

Qu'il me soit permis maintenant, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, d'examiner succinctement l'*Affaire de la Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, où fut également soulevée une exception d'incompétence *ratione temporis* sur laquelle la Cour statua par arrêt du 4 avril 1939.

Dans cette affaire, la Belgique, État demandeur, priait la Cour de déclarer que la Bulgarie, État défendeur, avait failli à ses obligations internationales en commettant certains actes illicites dont elle l'accusait.

Ces actes étaient les suivants: la mise en vigueur par l'administration des Mines de l'État, en 1934, d'un tarif spécial fictif pour le charbon fourni aux centrales électriques, en vue de permettre d'échapper à l'application des décisions du Tribunal arbitral mixte de 1923 et 1925; les décisions prises par les tribunaux bulgares, entre 1936 et 1938, qui retirèrent à la Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie le bénéfice des décisions du Tribunal arbitral mixte.

En résumé, la Belgique reprochait à la Bulgarie d'avoir lésé, par des actes de son administration et de ses tribunaux commis de 1934 à 1938, les droits assurés par les décisions du Tribunal arbitral mixte prises en 1923 et 1925. Ces décisions étaient la source des droits invoqués; ces actes-là, le comportement dénoncé comme illicite, comme violateur de ces droits.

Le Gouvernement bulgare souleva l'exception d'incompétence *ratione temporis*, en s'appuyant, pour le faire — en application du principe de réciprocité —, sur la limitation contenue dans la déclaration belge d'acceptation de la juridiction de la Cour.

D'après cette déclaration — ratifiée en 1926 — la Cour était compétente pour connaître des différends qui se seraient élevés après cette ratification relatifs à des situations ou à des faits postérieurs à celle-ci. Dans ce cas, 1926 était donc la « date critique ».

Le Gouvernement bulgare soutenait que le différend concernait des situations ou des faits antérieurs à 1926 et que, par conséquent, la Cour était incompétente.

Son argumentation se développait dans le sens suivant (arrêt du 4 avril 1939, p. 81) :

Il (le Gouvernement bulgare) reconnaissait que les faits *incriminés* par le Gouvernement belge (ou, pour employer la formule de l'arrêt sur les *Phosphates du Maroc*, les *faits dénoncés par ce Gouvernement comme illicites*) se situaient tous à une époque postérieure à la « date critique », c'est-à-dire 1926. En effet, le plus ancien des faits signalés par la Belgique comme violateur des obligations internationales de la Bulgarie datait de 1934, par conséquent après la « date critique ».

Mais le Gouvernement bulgare prétendait que, malgré cela, la situation au sujet de laquelle le différend s'était élevé remontait à une époque antérieure à la « date critique », à 1926.

Cette situation aurait été celle créée par les sentences du Tribunal arbitral mixte belgo-bulgare de 1923 et 1925, avant la « date critique ».

Le Gouvernement belge, demandeur, ne niait pas le bien-fondé de ces sentences. Il ne les dénonçait pas comme illicites, il ne les incriminait pas.

Il se plaignait seulement de la façon irrégulière dont elles étaient appliquées par les autorités bulgares, qu'il accusait de les enfreindre.

Or cette accusation — disait le Gouvernement bulgare — touchait au fonctionnement lui-même des sentences et les plaçait au centre de la discussion : de là l'incompétence de la Cour.

La Cour n'accepta pas cette manière de voir (arrêt du 4 avril 1939, pp. 81-82).

Elle commença par rappeler son arrêt du 14 juin 1938 relatif aux *Phosphates du Maroc*, en montrant ainsi qu'elle voulait rester fidèle à l'orientation formulée par elle à ce sujet.

Dans cet ordre d'idées, et en ce qui concernait l'application de la réserve *ratione temporis*, elle soulignait que les situations ou les faits qui devaient être pris en considération :

« sont uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend ».

Une relation de cet ordre, c'est-à-dire une relation de génération — observe la Cour — n'existe pas entre le différend et les sentences du Tribunal arbitral mixte. Et elle ajoutait :

« celles-ci [les sentences] constituent la source des droits revendiqués par la société belge, mais ce ne sont pas elles qui ont donné naissance au différend ».

Une autre partie de l'arrêt mérite aussi d'être soulignée :

« Il est vrai », a dit la Cour, « qu'un différend peut présupposer l'existence d'une situation ou d'un fait antérieur, mais il ne s'ensuit pas que le différend s'élève au sujet de cette situation ou de ce fait. »

Les situations ou les faits à l'égard desquels s'élève un différend — répétait la Cour — sont seulement ceux qui l'ont causé. Et ceux-ci — concluait-elle — sont les actes reprochés par le Gouvernement belge aux autorités bulgares, c'est-à-dire les actes dénoncés comme illicites, les

actes incriminés, tous postérieurs à la « date critique ». D'où découlait la compétence de la Cour.

Celle-ci a donc suivi le même critère qu'elle avait adopté dans l'*Affaire des Phosphates du Maroc*.

Dans son ouvrage *Development of International Law by the International Court*, 1958, page 98, sir Hersch Lauterpacht, au sujet de l'arrêt de la *Compagnie d'Électricité*, écrit (je traduis) :

« On peut inférer de cette décision que la « source du différend » est le fait ou la situation dont le Gouvernement demandeur se plaint comme constituant la violation d'une obligation internationale. »

Il s'agit, comme on le voit, de la reprise de l'idée exprimée dans l'arrêt des *Phosphates du Maroc*. Idée qui, nous l'avons déjà vu, appliquée à l'affaire actuelle, conduit à la conclusion que l'exception de l'Inde, basée sur la limitation temporelle de son acceptation de la juridiction obligatoire, est à rejeter.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, M. l'*Attorney-General* de l'Inde, au cours des débats oraux sur les exceptions préliminaires indiennes, a échafaudé, dans sa réplique, à la séance de l'après-midi du 7 octobre 1957, une construction qui s'écarte complètement de l'orientation de la Cour et de la réalité.

En premier lieu, M. l'*Attorney-General* a posé en axiome que le différend ne traitait que du droit de passage, et ceci sous une forme pour ainsi dire abstraite ou générale.

Or nous avons constaté qu'il n'en va pas ainsi.

Certes, le Portugal invoque le droit de passage, fondé sur des titres qu'il spécifie (principes généraux, coutume générale, conventions, coutume locale), mais il ne se borne nullement à affirmer l'existence de ce droit.

Il affirme encore que son droit a été violé par l'Inde en 1954 et qu'il continue à l'être depuis lors; et il demande que l'Inde soit conviée à mettre fin à cet état de choses.

Le Portugal dénonce, ce faisant, une situation illicite créée par les événements de 1954.

Voici un premier point qu'il ne faut jamais perdre de vue.

En second lieu, dans l'intervention citée de M. l'*Attorney-General*, celui-ci affirme l'existence d'une série continue de faits qui remontent à 1818, et même jusqu'à 1779, sur lesquels les Parties sont en désaccord. Il en conclut que, conformément à l'orientation de la Cour exprimée à l'occasion des affaires des *Phosphates du Maroc* et de la *Compagnie d'Électricité*, cette série de faits venant d'une époque antérieure à la date limite de 1930, le différend doit être considéré comme relatif à des situations ou à des faits antérieurs à cette date.

Nous allons reproduire, dans leur version française, les propres paroles du représentant de l'Inde (compte rendu, p. 229) :

« ... la limitation *ratione temporis* doit inéluctablement entrer en jeu, tout au moins dans la mesure où la thèse du Portugal se fonde sur une estimation en droit des conséquences des événements qui ont eu lieu entre l'Inde et le Portugal, à partir de 1818, au sujet du passage entre Damão et les enclaves — autrement dit, sur la partie de sa thèse que le Portugal fonde sur une longue coutume établie.

Nous aboutissons également à la même conclusion sur la thèse du Portugal [c'est toujours le représentant de l'Inde qui parle], si nous prenons pour base les autres sources invoquées. Dans la mesure où

le Portugal se fonde sur les prétendus effets du Traité de 1779 et des *sanads* qui suivirent, on peut dire *a fortiori* que le différend concerne une situation ou des faits antérieurs à 1930. Dans la mesure aussi où la thèse du Portugal se fonde sur l'allégation d'un principe de droit attachant la possession de droits de passage aux enclaves, les situations ou les faits générateurs du différend doivent inclure tout au moins l'existence des enclaves. De même, si et dans la mesure où la thèse du Portugal se fonde sur un principe général de droit qui, d'après lui, concède un droit de passage entre Damão et les enclaves comme une question de nécessité, c'est l'existence des enclaves et la nécessité invoquée qui constituent la situation ou le fait générateur du différend. »

Et plus loin notre distingué contradicteur synthétise sa pensée dans les termes suivants :

« D'un côté on affirme et de l'autre on dénie l'existence d'un droit de passage, et aucun événement nouveau n'a eu lieu depuis 1930 qui donne existence à ce droit plus que les événements antérieurs de 1930. C'est l'ensemble de la chaîne des événements depuis 1779 qui seul pourrait éventuellement établir l'existence du droit de passage. »

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette argumentation déforme complètement l'idée de la Cour, traduite et appliquée dans les arrêts cités; elle fausse complètement le sens que ces arrêts donnent à l'expression « situations ou faits au sujet desquels s'élève le différend ».

Ces situations ou ces faits ne sont pas tous ceux qui constituent l'objet de la discussion, mais seulement ceux qui constituent la cause du différend. N'entrent dans cette dernière catégorie que les situations et les faits dénoncés par l'État demandeur comme illicites.

Certes, le Portugal et l'Inde discutent pour savoir si le Traité de 1779 et les autres accords célébrés avec les Mahrattes ont ou non fait naître un droit de passage entre Damão et les enclaves.

Certes, le Portugal et l'Inde discutent pour savoir si les faits survenus depuis 1779 — ou, mieux, depuis 1783 et 1785 — forment ou non, en ce qui concerne ledit transit, une coutume locale, consacrant le droit d'accès aux enclaves.

Certes — quoique ce point ne soit pas expressément considéré dans l'argumentation indienne relative à la sixième exception — le Portugal et l'Inde discutent aussi pour savoir si d'autres faits, survenus dans d'autres pays à différentes époques, expriment ou non une coutume générale consacrant le droit d'accès à des enclaves.

Certes, le Portugal et l'Inde discutent enfin pour savoir si l'existence des enclaves comporte oui ou non, en soi, le droit en question, quand elle est considérée à la lumière de certains principes fondamentaux.

Tous ces points font l'objet de discussions dans ce litige.

Mais aucun d'entre eux n'est la cause du différend.

Les faits signalés sont invoqués par le Portugal comme sources de son droit. Ils ne sont pas les faits violateurs de celui-ci.

Les sources du droit remontent à 1779, mais les infractions à ce droit commencent seulement en 1954.

Et ce sont ces infractions, c'est cette situation dénoncée comme illicite par le Portugal, qui comptent, dans la question de l'application de la réserve *ratione temporis*.

Le droit par lui-même ne ferait jamais naître le différend. Le différend est né seulement après qu'il a été violé.

Ce qui s'est passé avant cette violation, à partir de 1779, traduit la création et l'exercice du droit, mais pas sa violation.

Nous avons vu que dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité*, la Cour a déclaré, en se référant aux sentences du Tribunal arbitral mixte :

« Celles-ci [ces sentences] constituent la source des droits revendiqués par la société belge, mais ce ne sont pas elles qui ont donné naissance au différend. »

Eh bien! Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il en va de même des faits ou des situations signalés dans le passage de M. l'*Attorney-General* de l'Inde que j'ai lu il y a quelques instants: tels que le Traité de 1779, les faits constitutifs de la coutume locale dont se prévaut le Portugal, l'existence des enclaves.

Ces faits ou situations sont bien la source du droit revendiqué par le Portugal, mais ce ne sont pas eux qui ont donné naissance au différend.

M. l'*Attorney-General* de l'Inde à ce sujet se sert habilement des termes d'un passage de la page 82 de l'arrêt de la *Compagnie d'Électricité*, où la Cour signale, à propos des sentences du Tribunal arbitral mixte, que les Parties sont d'accord pour reconnaître leur caractère obligatoire et que leur application n'a donné lieu à aucune difficulté jusqu'à l'époque des actes incriminés. D'où M. l'*Attorney-General* conclut, *a contrario sensu*, que, si les Parties n'avaient pas été d'accord sur le caractère obligatoire des sentences et si leur application avait donné lieu à des difficultés avant l'époque des actes incriminés, l'exception soulevée par le Gouvernement bulgare aurait été à accepter.

Cette conclusion est inadmissible.

On sait combien est fragile l'argumentation *a contrario sensu*. Et l'on ne peut pas, en se basant sur un raisonnement aussi précaire, fondé sur une simple phrase d'un arrêt, attribuer à celui-ci une portée opposée à celle qui résulte de tout le contexte.

Le fait que les Parties n'ont pas discuté les sentences du Tribunal arbitral mixte était suffisant pour que ces sentences ne constituassent pas la cause du différend. De là, la manière dont la Cour s'est exprimée.

Mais — soulignons-le — il n'aurait pas suffi que les sentences eussent été discutées pour qu'elles fussent devenues la cause du différend. Elles n'auraient revêtu ce caractère que si la discussion avait été le résultat du fait que l'État demandeur les avait dénoncées comme illicites. Car seule est cause du différend ce que l'État demandeur dénonce comme illicite, et non tout ce que les Parties discutent.

Par conséquent l'éventuelle discussion des sentences ne ferait pas d'elles, jamais, la cause du différend, une fois qu'elles n'étaient pas incriminées comme faits illicites.

Qu'il me soit encore permis, Monsieur le Président, de rappeler cette autre phrase du même arrêt :

« Il est vrai qu'un différend peut présupposer l'existence d'une situation ou d'un fait antérieur, mais il ne s'ensuit pas que le différend s'élève au sujet de cette situation ou de ce fait. »

Le différend qui sépare le Portugal de l'Inde suppose l'existence de situations ou de faits antérieurs à la date limite, à la « date critique », de 1930: les situations ou les faits d'où est sorti le droit du Portugal.

Mais ce ne furent ni ces situations ni ces faits constitutifs du droit qui ont engendré le différend. Ce qui l'a engendré, c'est la violation commise contre ce droit.

Il ne faut pas confondre source du droit et source du différend. Ce sont des notions distinctes. Le vice de l'argumentation de nos adversaires est de ne pas faire, relativement au litige actuel, cette distinction essentielle.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, voici terminé l'exposé des droits revendiqués par le Portugal et de leurs fondements, ainsi que de notre opposition aux questions soulevées par l'Inde, exposé que les conseils du Gouvernement portugais s'étaient proposés de faire.

Voici donc rempli le programme que j'ai eu l'honneur de soumettre à votre approbation, Monsieur le Président, au cours de l'introduction qu'il m'a été donné de présenter devant cette Cour.

L'exécution de ce programme a occupé un nombre appréciable de séances.

Certes, le souci de ne mettre l'accent que sur les points principaux de notre argumentation, en négligeant délibérément tous les détails qui auraient pu nous éloigner de sa ligne, a continué à orienter nos plaidoiries comme il avait orienté nos écritures.

Cependant, nous avons dû — ce sont les circonstances qui nous y ont contraints — nous étendre plus que nous ne l'aurions voulu.

Il convient de ne pas oublier que nous nous trouvions devant une pièce écrite et une documentation volumineuse sur lesquelles nous n'avions pas encore eu l'occasion de nous prononcer: cette occasion nous était, d'après le Statut, offerte ici pour la première fois.

Nous nous trouvions, en effet, en face de la duplique, la plus longue de toutes les pièces du procès, avec ses 651 paragraphes, couvrant 315 pages imprimées.

Nous nous trouvions aussi en face de ses annexes, contenant plusieurs centaines de documents nouveaux, à ajouter à tous ceux déjà précédemment produits, documents nouveaux qui remplissent, à eux seuls, près de sept cents pages imprimées.

Le moment est venu maintenant de soumettre à la Cour les conclusions¹ du Gouvernement du Portugal. Ces conclusions s'appuient sur l'ensemble de l'exposé présenté par les conseils du Gouvernement portugais, et notamment sur l'ensemble de l'exposé des faits dont quelques-uns seuls sont mentionnés dans lesdites conclusions.

Faits qui traduisent aussi bien la constitution de notre droit au cours de la seconde moitié du XVIII^{me} siècle, et sa consécration par une coutume locale basée sur une pratique presque biséculaire, que les manquements de l'Inde à ses obligations à partir de 1954.

En principe, ces conclusions revêtent une forme définitive, mais le Gouvernement portugais se réserve le droit d'y apporter des modifications ou des additifs, en fonction des plaidoiries des conseils du Gouvernement indien.

Voulez-vous, Monsieur le Président, que j'en donne lecture?

¹ Voir volume V, Quatrième Partie, *Correspondance*, n° 177.

The PRESIDENT: I have to thank the Agent for the Portuguese Government that he has submitted to the Court his conclusions now. Since the Court is in possession of these conclusions it will not be necessary to read them. I assume that the oral presentations on behalf of the Government of Portugal are now concluded.

M. TELLES: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'il me soit permis de renouveler au nom de mes collègues et en mon propre nom l'expression de notre remerciement profondément sincère pour la bienveillante attention avec laquelle vous avez sans cesse daigné écouter nos plaidoiries.

10. ORAL ARGUMENT OF SHRI M. C. SETALVAD

(AGENT AND COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARING OF 9 OCTOBER 1959, MORNING

Mr. President and Members of the Court.

I deem it a great privilege to appear before this honourable Court to present the case for my Government on the merits.

The Government and the people of India have always ardently supported and participated in the activities of the United Nations and its organs. My Government has the greatest confidence in the wisdom and the sense of justice of this Court. A just and impartial administration of international law in the climate of enlightened world opinion cannot, as we see it, condone the domination of one people by another and must tend to bring about justice and equality among inhabitants of all parts of the earth.

May I, Mr. President, refer to the great loss which the Court has suffered since the hearing on the Preliminary Objections in the death of the late Judge Guerrero. I and my colleagues associate ourselves with our distinguished opponents in offering our sincere condolences and pay our deep and respectful homage to the memory of the distinguished judge. May I also extend our cordial greetings to our learned opponents representing Portugal?

Mr. President and Members of the Court, two years ago I appeared before you, in this very chamber of justice, in connection with the Preliminary Objections which my Government had raised to the jurisdiction of the Court to entertain the Application of Portugal which has given rise to these proceedings.

The Court rejected four out of our six Preliminary Objections and joined two of the objections to the merits.

We are therefore now concerned with the merits of the Portuguese Application and the two objections which have been joined to the merits.

Mr. President and Members of the Court, the present case concerns certain Portuguese colonial possessions in India. Portugal claims, in particular, that she has a right in international law to take armed forces across the territory of India in order to re-establish Portuguese sovereignty over people who declared themselves independent of Portuguese rule more than five years ago. The Government of India denies that it is obliged under international law to grant such passage.

Mr. President and Members of the Court, the Portuguese claim has to be viewed in the setting of a larger and fundamental political dispute between India and Portugal. That dispute raises the issue of Portuguese colonialism in India as against the freedom of the people of those colonies. Portugal has come to this Court not merely to seek an endorsement of the continuation of her colonial rule in India. Portugal asks in all solemnity that legal sanction be accorded to the reimposition of Portuguese rule on people who have declared themselves free. Portugal asks that under the auspices of international law, she should be allowed to take armed forces over the territory of India in order to achieve that object.

Is Portugal entitled to the aid of international law to achieve that object? That, Mr. President and Members of the Court, is one of the important questions which faces the Court in these proceedings.

The Government of India prefaced its Preliminary Objections of April 1957 with a brief historical and factual statement. That statement was given at paragraphs 4 to 24 of that document. It found it necessary to give that statement in order to correct certain misrepresentations of fact which were contained in the Portuguese Memorial, in Section D of Part I, in order that the Court might be in a position to view the dispute which had arisen between Portugal and India in its true perspective. I shall not repeat that statement. I merely invite the Court's attention to it.

In the introduction to the Observations on the Preliminary Objections the Portuguese Government described the facts relating to the Goan Freedom Movement as having no connection with the case and as being "manifestly outside the subject-matter of the dispute". It said:

"The Portuguese Government has referred to the Court a dispute of a legal character. It has no intention of allowing it to be diverted into other spheres."

Surprisingly enough, however, Mr. President and Members of the Court, the Portuguese Government proceeded in the same pleading to contend that there did not exist a Goan movement for independence from Portuguese rule and sought to produce evidence in support of that contention. The Portuguese Government denied the testimony of its own historians as to the nature of Portuguese colonial domination in India and even disputed the cultural identity of the inhabitants of the Portuguese colonies in India with the people of India. In its Reply, the Portuguese Government went further and produced a booklet issued by the propaganda department of its Foreign Ministry. This booklet is given at Annex 195 to the Reply, and is entitled: *Portugal Overseas and the Question of Goa*. The purpose of this document was to try and demonstrate the beneficent nature of Portuguese colonialism and the non-existence of the Goan Freedom Movement.

The Government of India has given a full and well-documented answer to the Portuguese contentions in paragraphs 490 to 502 of the Rejoinder and in Indian Annex F No. 115.

Mr. President and Members of the Court, in the face of the evidence produced by India, particularly in that Annex, it would be futile for the Portuguese Government to deny the cultural identity of the people of Portuguese colonies in India with the people of larger India, or the existence of the Goan movement for independence from Portuguese rule. The Portuguese Government cannot ignore the fact that Portuguese authorities themselves have testified to the existence of the Goan Independence Movement. A person no less than the Prime Minister of Portugal, Dr. Salazar himself, testifies to the existence of this movement in Portuguese colonies in India. In his speech of 30 November 1954, I quote from the document annexed to the Portuguese Observations, Annex 17, Dr. Salazar states:

"The discontent of Goans over ideas contained in the Colonial Act of 1930 must be seen as the *starting point* of the crisis."

And later in the same speech:

“There is no denying that this tremendous fact of the English withdrawal and the placing of the future of India in the hands of her people brought a threat of moral crisis for little Goa.”

On 20 October 1949, referring to the Portuguese colonies in India, Dr. Salazar said:

“... the magnitude of the historic occurrences across the frontiers had given rise to similar aspirations”.

Speaking again on 21 November 1947, Dr. Salazar used the following words:

“It is natural that the gale which swept India should have stirred up the people of Goa as well.”

Now, Mr. President and Members of the Court, who are these people inhabiting Goa and the other Portuguese possessions in India? They are people of Indian race and blood having close ties with Indians in the neighbouring territory. They speak a dialect which is an offshoot of Sanskrit, which is closely allied to Marathi, and which is spoken in the adjoining Indian territory. The large majority of these people are Hindus. Only about 36% of the people of the Portuguese colonies in India are Christians, and the proportion of Christians in the enclaves is negligible. All of them are descendants of Hindus converted to Christianity, many of them by force. Even today a strong caste system prevails among them and the Christians of these parts describe themselves as Brahmins, Chardos, and by other caste names.

Mr. President and Members of the Court, these Christians are Indians by race. It would be wrong to consider them as being persons of mixed blood. Even according to official Portuguese statistics only 374 persons of the entire population of the Portuguese colonies in India are of mixed blood. The rest are pure Indians by race. Portuguese names like “Bragança” or “Cunha” were forced on them. These names do not indicate Portuguese ancestry.

These inhabitants of the Portuguese possessions, whether Hindu or Christian, are as much a part of Indian social life as any other Indian community. In fact Goans, as the inhabitants of the Portuguese Colonies in India are generally called are, in certain respects, even more prominent in Indian social life than many other communities of India—principally because of their proximity to Bombay and their association with the University there. Goans have been Mayors of Bombay; Judges of the Indian High Courts, professors, musicians, and even military officers and civil servants in the Government of India.

Mr. President and Members of the Court, as we have seen, it is Dr. Salazar himself who testifies to the existence of an urge for freedom in the Portuguese colonies in India since 1930: the time when the nationalist movement in India gathered strength under the leadership of Mahatma Gandhi. It is he who admits that political aspirations and their fulfilment in India had a parallel effect on the people of the Portuguese colonies in India.

We have shown in our documents how the decision of the British Government in 1946 to grant independence to India intensified, in turn, the independence movement in Goa.

We have also explained how and in what manner the Portuguese Government tried to crush that movement. It brought into Portuguese Indian territory several thousand European and African troops. The Nationalists were beaten and tortured. These facts are proved by the documents in the file, to which we shall call attention to the extent necessary at the appropriate time.

It is necessary however to make one observation, Mr. President and Members of the Court, at this stage. The history of the independence movement in the Portuguese colonies in India is, in a way, different from the history of the independence movement in British India. The British understood and in a measure respected the urge for freedom. Portuguese colonialism, on the other hand, was marked, and is marked today, by authoritarianism and the ideology of the police State and has met the movement for freedom within Portuguese territory with stern and cruel repression.

Mr. President and Members of the Court, the movement for independence from Portuguese rule started in the Portuguese colonies long before 1947. Over the centuries the people of the Portuguese colonies in India, crushed though they were under an intolerable burden, never lost their desire for freedom. There is a long history of revolt and rebellion against Portuguese rule. I need refer only to Appendix 2 in Indian Annex F No. 115, at page 704, III, of the Rejoinder. These uprisings were crushed by the Portuguese with characteristic cruelty. But the people rose again and again.

In 1947, the British power withdrew from India. In 1950 and 1954 the French also withdrew from their colonies in India. Portugal alone has remained without an understanding of the urge for freedom in India, which represented only a phase of a world-wide process of emancipation. She declares that Portuguese colonies in India are integral parts of Portugal. She forgets that these colonies are inhabited by people who are the kith and kin of Indians over the border.

Form every point of view, racial and cultural as well as historical and geographical, the people of Goa, Daman and Diu, as of Dadra and Nagar-Aveli, are Indians and no others.

It is these people inside the Portuguese colonies and outside—and the Goan intelligentsia resides in Bombay—who want to free themselves of the label "Portuguese". The movement for independence from Portuguese colonial rule is theirs. And in so far as they are sons of India, part and parcel of the great Indian people, the movement is also Indian, and that is why India is closely concerned.

Mr. President and Members of the Court, Counsel for Portugal have spoken on numerous occasions of an Indian "programme of annexation". This phrase has been repeated several times in the Portuguese Reply. Professor Bourquin has made a great play on it.

Let me state at the outset, Mr. President and Members of the Court, that there is no question of a "programme of annexation". What looms large is, however, the question of independence. When India attained independence from the British, when the French also left Indian shores, Mr. President, was it unreasonable, is it unreasonable, that India should want the Portuguese to leave also? We do not wish to annex Portuguese territory. But we do want the independence of the people of India from colonial bondage to be complete.

Mr. President and Members of the Court, Counsel for Portugal have spoken of this "programme of annexation" as if we wished to annex Portuguese colonies in India by force.

The Government of India has declared again and again that it has no wish to solve the problem of Portuguese colonies in India by force. This is on record, and with the permission of the Court I shall read the statement of policy made by the Prime Minister of India which is reproduced at II, page 91, paragraph 223, of the Counter-Memorial:

"The policy that we have pursued has been, even as in India under British rule, one of non-violence, and we have fashioned our conduct accordingly. This adherence to non-violence means: (i), that we may not abandon or permit any derogation of our identification with the cause of our compatriots under Portuguese rule; and (ii), equally, we may not adopt, advocate or deliberately bring about situations of violence."

Mr. President and Members of the Court, if India had wished to annex Portuguese colonies in India otherwise than by negotiation and transfer, why should she not have annexed Dadra and Nagar-Aveli after the insurrection there against the Portuguese rule was successful? Why should India have held her hand in spite of the repeated and most earnest requests of the people of Dadra and Nagar-Aveli for merger with India?

Portugal, Mr. President and Members of the Court, has considered it fit to make some fantastic charges against the Government of India. In order to vindicate her honour and lest her silence should be misunderstood, India was quick even at the Preliminary Objection stage to refute these charges. I shall deal with these matters at a later stage when I have occasion to deal with the facts of the post-British period and the insurrection. At the moment I would only like to draw the attention of the Court to the motive of the Portuguese Government in making these charges.

The entry into the enclaves of a handful of individual Goans is described by the Portuguese Government as an "invasion". They allege the presence of the Indian army near Nagar Aveli. They go so far as to say that Dadra and Nagar Aveli were surrounded from all sides by the Indian Army. Why does Portugal bring these charges? Charges which she knows are false and without foundation and have no basis in evidence.

Mr. President and Members of the Court, the answer is clear; what moves Portugal are considerations of prestige. Portugal cannot admit that the will of the people of Dadra and Nagar-Aveli proved too much for her. She cannot admit that the Portuguese Administrator and his police commandant, the only two Portuguese Europeans in Nagar Aveli, fled, and left the capital—Silvassa—even before the insurgents reached there. She cannot admit that the local police went over to the side of the insurgents and refused to fight against them. So the events of July and August 1954 have to be described as an "invasion" supported by a show of force on the part of the Government of India; so, too, must the Portuguese garrison in Nagar Aveli be depicted as having fought brilliantly and heroically against overwhelming odds.

The facts are, Mr. President and Members of the Court, as is abundantly established from documents on the file, that the local police refused to offer resistance against the insurrection and that it was the

people of these areas, largely Varlis, Adivassis or Kolis, who rose against the Portuguese power and brought it to an end. If this was an armed invasion, why is it that there were only two casualties among the police? Why is it that no member of the native police was killed or wounded? And can Portugal really deny the fact that the Portuguese European Administrator fled, went in hiding in the jungle, and came to Indian territory seeking protection? The Indian authorities gave him protection, fed him, and brought him to Bombay. He asked for permission to stay on. His wife wanted treatment by Bombay doctors for a chronic ear condition and applied for permission to stay on for a month. Can Portugal deny all this?

This virtual abandonment of the territory, in face of the rising of its people, is sought to be turned into a picture of heroism and martyrdom by Portugal.

Mr. President and Members of the Court, I shall deal fully with the facts of the Goan Freedom Movement in connection with the insurrection in Dadra and Nagar Aveli when I come to the independence period. But I should like to add a word here in the light of what Counsel for Portugal stated the other day. Professor Bourquin said in his speech on the morning of Friday, 2 October, that the people of Nagar Aveli were too backward, too poor, too uneducated to bring about a revolution. It is true, we know it, and the documents themselves show, that Portuguese authorities never had much respect for the people of Nagar Aveli. Nagar Aveli was good only for the extraction of revenue and its people were treated as beasts of burden. In their cynical and contemptuous way the Portuguese authorities described them as "slaves", as will appear later on from the Portuguese documents. This arrogance is characteristic of the Portuguese regime. A large mass of the population of India was, in the years preceding 1947, backward and illiterate. In material resources it was no better situated than the people of Nagar Aveli. Yet these people, led by their *élite*, participated in a movement which brought them their independence from a powerful Empire. What is there surprising, then, in the people of Nagar Aveli successfully overthrowing a handful of Portuguese administrators?

It is a fact established by documents on the file that there was an independence movement in Nagar Aveli, as in other Portuguese colonies in India, and that it was the inhabitants of Dadra and Nagar Aveli who invited Goans to help them to win freedom. We shall show from a report of the Governor of Daman himself that as early as 1930 there was a movement for freedom in Dadra and Nagar Aveli.

With the permission of the Court I shall deal with these matters in somewhat greater detail in my speech when dealing with the facts of the post-independence period and the insurrection in Dadra and Nagar Aveli.

Mr. President and Members of the Court, I propose now to deal briefly with the geographical and general facts.

The Government of India stated these facts at paragraphs 7 to 46 of its Counter-Memorial; paragraph 46 of the Counter-Memorial states:

"From the earliest times, Dadra and Nagar Aveli have been open enclaves without any police or customs frontier, and without any regulation of movement of persons or goods between the enclaves and the surrounding Indian territory."

I wish to state a few facts of importance in that connection.

Mr. President and Members of the Court, may I respectfully invite your attention to the two maps at the back of Volume I of the Indian Counter-Memorial. Map No. 1 shows a part of the State of Bombay with the three Portuguese territories of Goa, Daman and Diu. It shows how a railway line starts from Marmagao in Goa, enters Indian territory at Castle Rock and continues northwards via Poona to Bombay, and from Bombay towards Daman.

Map No. 2 shows the same railway line running through Indian territory intervening between Daman and Nagar Aveli. This map is on a larger scale, and it shows some of the many roads which connect Nagar Aveli with surrounding Indian territory. You will see that there are a great number of roads and pathways which connect Dadra and Nagar Aveli with surrounding Indian territory on all sides: north, east, south and west.

There is also shown in that map a part of the ancient highway which connected Fatepur in the territory of the Raja of Dharampur with Pardi on the sea coast adjacent to north Daman. That map also shows the various roads leading towards Nagar Aveli from the stations on the railway line; the roads from Sanjan to Udwa, from Bhilad to Naroli, and from Vapi to Dadra and Silvassa.

The documents show that the road from Vapi railway station to Dabel in Daman was built between 1863 and 1868. The road connecting Vapi with Dadra and Nagar Aveli was built between 1899 and 1902, that is, about 30 years later. These are, therefore, fairly modern roads which were built, first, to connect Daman with Vapi railway station, and later, to connect Nagar Aveli and Dadra with the same railway station.

Mr. President and Members of the Court, I do not wish to repeat the facts stated in that chapter of the Counter-Memorial which is entitled "The Geographical and General Facts". I wish only to refer to certain important points arising from those facts.

Dadra and Nagar Aveli and their people have always had free contact with the territory and people of India. These contacts have taken place in respect of all matters, social, cultural and economic.

These people, moreover, can in no way be distinguished from the inhabitants of surrounding Indian territory. Mr. President and Members of the Court, there are available certain photographs in the document which will be found in the back cover of Volume II of the Indian Counter-Memorial. I respectfully invite the attention of the Court to that document which has been submitted as Annex E No. 64.

The people of Dadra and Nagar Aveli speak Gujerati and Marathi. They are of the same religion as the people of the surrounding Indian territory. Their dress, customs and manners are the same.

They have close, daily contact with their neighbours in Indian territory.

These contacts are not limited to social and family relationships. Commercially and economically as well, these territories and their people are integrated with the territory and people of surrounding Indian territory.

Mr. President and Members of the Court, the people of Dadra and Nagar Aveli are, to use Professor Bourquin's phrase, no more "asphyxiated" or "strangled" than the people of Surat or Bombay.

In the past, no barriers of any kind separated the people of Dadra and Nagar Aveli from surrounding territories and regions, and none separates them today.

Counsel for Portugal do not dispute the facts in paragraphs 7 to 46 of the Counter-Memorial. Indeed, they will not find it possible to dispute them. The documents in the file show that the Portuguese authorities were aware of the fact of the material union of Dadra and Nagar Aveli with India, and that they accepted it, welcomed it and even insisted upon it. I am referring to the documents at Indian Annexes C Nos. 70 and 43. At page 539 of Volume I, Annex C. No. 70, we find a note by the Chief Secretary to the Government of Bombay in the year 1948. He writes:

“In the year 1900 the Government of Bombay gave *assurance* to the Portuguese Government that ‘Nagar Aveli’ Pargana should be treated as a part of British (now Indian) territory. It is still so treated and for Customs purposes it is not considered foreign.”

At page 399 of the same volume we find a letter from the Governor of Bombay to the Portuguese Governor-General of Goa. This letter is dated 21 July 1900. I quote from the third paragraph at page 400:

“... it is evidently of far more importance to Nagar Aveli that it should have free and unrestricted traffic with British territory than that it should be able to export rice to, and receive goods from, Daman free of duty. And it cannot reasonably be accepted that Nagar Aveli should in respect of British customs arrangements be treated just as though it were a British District and at the same time be granted special concessions on the ground that it is part of Portuguese India.”

The result of Dadra and Nagar Aveli being open enclaves from the point of view of movement of goods and in particular of persons was twofold.

While the people of Dadra and Nagar Aveli could go to any part of India, near or distant, these territories were equally accessible to anyone from any part of India. Dadra and Nagar Aveli could be reached by anyone who happened to be present in Indian territory. Once you were able to get into Indian territory you could, if you wished, go to any part of India. And from any part of India you could go to Dadra and Nagar Aveli as you could go to Surat or Thana or Dharampur or Nasik or Bombay. There was nothing to prevent you.

Another fact of importance, Mr. President and Members of the Court: the easiest, most practical, and most usual passage from Goa to Daman, as from Goa to Nagar Aveli, took place overland.

When the railway was built, one could go from Marmagoa to Castle Rock, from there to Bombay, from Bombay to Vapi, and from Vapi either to Daman or to Nagar Aveli. This was the passage mostly used. This is a well-known fact and Counsel for Portugal will not find it possible to deny it. Any number of documents in the file testify to this point.

The Government of India has described the general regime of travel between Portuguese possessions and British India in paragraph 29 and the following paragraphs of the Counter-Memorial. It follows from the facts which have been stated there, that travel from Daman to Nagar Aveli, and vice versa, was possible during the British period, not because it was treated in a special way, but because it was part and parcel of

a general pattern of intercourse between the Portuguese possessions and British India.

As regards particular categories of travellers between British India and Portuguese possessions, such as European officials, there was a regime of *concessions* granted on the basis of reciprocity. The officials of the British Indian Government could use the Marmagoa harbour in Goa and transit between Marmagoa and Castle Rock without restrictions, even with immunity. Indians, officials as well as private persons, could go into each and every Portuguese possession without restriction. As a result of this regime, officials and private persons from each or any Portuguese possession were allowed to come into British India without compliance with any formalities.

There was no difference in the regime of travel from Goa to Daman, and travel from Goa to Nagar Aveli, or from Daman to Nagar Aveli. Travel in all these different directions was part of a general pattern of relations between British India and Portuguese possessions in India, and these relations were based on administrative reciprocity.

It was this administrative reciprocity in the matter of travel, entry and residence which first came under the attack of the Portuguese Government when India attained an independent status. This was only one of the many emanations of a new policy—a policy of hostility—commenced by the Portuguese Government against the people and the Government of independent India.

As a result of this breakdown of administrative reciprocity in regard to travel between Portuguese possessions and India, travel between Daman and Goa was affected, no less than travel between Goa and Nagar Aveli.

For all this, the Portuguese Government had only itself to blame. Mr. President and Members of the Court, we have demonstrated this in our Pleadings, and I shall refer to these matters again in my speech on the facts relating to the independence period. Portugal took the first step and caused the gradual breakdown in the traditional relations that had existed between British India and Portuguese possessions. Had the Portuguese Government desisted from enforcing restrictive and discriminatory measures directed against the people and Government of India; had it not introduced restrictions on the entry, residence and travel of Indians in Portuguese possessions; had it desisted from preventing Indian officials from travelling in Portuguese territory, it is most probable that the general regime of travel would have continued intact.

Mr. President and Members of the Court, one might ask why Portugal embarked on this policy? The answer is clear and obvious. The attainment of independence by India, the fulfilment of the aspirations of the Indian people by the British, and later by the French, was a thorn in the flesh of Portugal. The year 1946, one year before India became independent, saw the intensification of the independence movement in Portuguese colonies in India. The only way Portugal thought she could prevent the infection of independence spreading into her colonies was to try and seal them from independent India and the people of independent India. Hence, the restrictions on entry and residence of Indians. Hence, also, the policy of unfriendliness and hostility. Hence the breach in the traditional ties which bound British India and Portuguese possessions in India.

There is one more point, Mr. President and Members of the Court, which I should like to emphasize in connection with the geographical

facts. During the Maratha times there was no direct road between Nagar Aveli and Daman. The documents in the file show that Nagar Aveli produce could be taken towards the sea coast and towards Daman over a road which lay through Fatepur. Fatepur was in the territory of Dharampur or Ramnagar. The ancient highway from Nagar Aveli to Daman lay through the territory of the Raja of Dharampur. This cannot be denied.

Assuming that Portugal still claims that she exercised a right of passage in the Maratha period, it is obvious that passage from Nagar Aveli to Daman could have taken place as a matter of right only after the same right had been asserted over the territory of the Raja of Dharampur. It is difficult to see, Mr. President and Members of the Court, how Portugal could have asserted such a right against that Raja and how she could have gone from Nagar Aveli to Daman as a matter of right without asserting that right over the territory of the Raja of Dharampur as well.

It is significant that Counsel for Portugal have remained completely silent about these facts.

If the Portuguese argument is that a direct road between Daman and Nagar Aveli was not necessary for the right of passage which Portugal claims and has exercised from the Maratha times, it naturally follows that the Portuguese claim concerns a right of passage between Daman and Nagar Aveli from any point on the border of Daman to any point on the border of Nagar Aveli, and vice versa. If this is the Portuguese argument, then she must show that this kind of right was created in her favour and that she exercised it from the time of the Marathas. She must show that the agents of Portugal had always had the right to cross this territory, an area of about one hundred square miles of Indian territory, and that in the absence of a road they could pass over paddy fields and cultivated farms and other kinds of private property; that is to say, they had a right to trespass over them.

Nothing appears to have been said by Counsel for Portugal on this aspect of the matter.

Mr. President and Members of the Court, Portugal asserts that her claim to a legal right of passage through Indian territory is based on "treaty, custom (local and general) and general principles of law".

If I may be allowed to say so, Counsel for Portugal have endeavoured to raise a structure which might, from a distance, and on a superficial view, appear tall and imposing. But when we come a little closer to it and examine it we find that it is entirely ethereal. It has been built upon assumptions, theories and hypotheses. Examining its alleged firm foundation of a particular title, we find an absence even of its title to sovereignty under the Maratha grant.

Portugal asserts that the right of passage over Indian territory arises from a treaty between her and the Marathas. She says that under the treaty the Marathas ceded to her the territories and that the right to passage claimed by her arises by necessary implication from that treaty.

But what are the facts? We find that the treaty, which Portugal alleges existed in a legal form between her and the Marathas, does not mention the territories to which that right of passage is claimed, much less the right of passage to them. We find that the Marathas never intended to part, and never did, in fact, part with sovereignty over their territory. All that they granted and intended to grant was a revenue tenure—Saranjam or Jagir.

Portugal then asserts that even if she did not acquire sovereignty from the Marathas, she acquired it at some other time. When faced with the documents which show that no right of passage was ever granted or recognized, either by the Marathas or by the British, she states that in fact some sort of passage had always been granted to her and that this fact, she contends, is sufficient to found a legal right.

This then is the final premise on which Portugal rests her case. The *fact* of passage to the enclaves from Daman. On this factual foundation Counsel for Portugal have built their edifice of a legal right and they ask the Court to come to the conclusion that this long-continued existence of some sort of passage must lead to an inference of the existence of, or must in itself give rise to, a legal right of transit over the territory of India.

Though some sort of passage has existed for a long period there never has been an acknowledgment or admission of a legal right to passage either by the Marathas or the British. On the contrary, numerous documents show that the British have granted the passage merely as a matter of concession as good neighbours or on considerations of reciprocity. But, Mr. President and Members of the Court, Portugal's case is that for a legal right of passage to exist it is not necessary that there should have been an acknowledgment or admission of such a legal right, either by the Marathas or by the British.

Counsel for Portugal have spent several days discussing the historical facts. We heard a great deal about the old "Province of the North", the alleged treaty, Zakat and customs concessions. We have heard even about the culverts.

But not once did Counsel for Portugal demonstrate an acknowledgment or admission on the part of the Marathas or the British of a legal right of transit over Indian territory vesting in Portugal.

Mr. President and Members of the Court, when we come to discuss these matters we hope to be as brief as possible. Our case is contained in the Pleadings and the documents annexed thereto and the arguments of Portugal have not affected the contentions put forward by us. Portugal has altogether failed to prove the existence of this right of passage—the burden of proof being clearly upon her.

On our part we have shown that there is no foundation in fact or law for the legal right of passage claimed over Indian territory. There is no evidence of its creation and it has never been acknowledged or recognized. The question of travel between Dadra and Nagar Aveli and Daman has always been a matter within the domestic jurisdiction of the territorial sovereign.

As regards the Portuguese contentions concerning the Maratha period and the alleged treaty, we submit we have shown that the Marathas never parted with their sovereignty in favour of the Portuguese. As regards the alleged treaty of 1779, we have demonstrated its invalidity as a legal document. Portugal, we submit, has evaded giving a full answer on the existence of the document of 4 May 1779 and 11 January 1780.

As regards the British period, I should like to make one observation at this stage. Portugal has often relied on the existence of an ancient alliance with Britain. Now, so far as this alliance is relevant, it is a historical fact that Portugal has always been a subordinate ally of Britain. In India, the relationship between the British Power and the

Portuguese authorities resembled the relationship between the British Power and the Native Indian Princes. The British Power was *paramount* over the nominal power of the Indian Princes. Similarly, it is a well-known historical fact that the Portuguese possessions in India existed by sufferance of the British. Is it conceivable that that Power would have consented to the creation of, or recognized the existence of, a legal right in Portugal to transit over its territory? Would the Portuguese have been able to assert a legal right against the British in India in respect of travel between their establishments?

In fact, Mr. President and Members of the Court, the documents of the British period show, and they leave no doubt, that all questions of transit of goods or persons over British territory were in the discretionary power of the British Government and always remained so. Never did the British Government recognize a legal right of passage vesting in Portugal.

There is a further point to which I should like to advert at this stage. At paragraph 23 (a) of her Application of 22 December 1955, Portugal asserted a "right without restrictions". She stated under the facts at paragraph 9 of the Application that the right which she claimed had been exercised "over a *long* period, about two hundred years". Naturally, we expected Portugal to produce the evidence in support of this claim. In her Memorial, Portugal produced however, in respect of the British period, only five documents. It is these documents which were intended to demonstrate a right of passage "*without restrictions*". Indeed, two of these documents were cited in an effort to deduce therefrom a military right of passage *without the permission of the territorial sovereign*. A claim was also made for a *free* right of passage for goods, passage exempt from customs duties; but not one document was produced in this connection for the British period.

Mr. President and Members of the Court, when we produced our documents, Portugal changed her plea. No longer does she insist on a military right of passage without permission, or a right of passage for goods exempt from customs duties. These new and ever-changing aspects of the right claimed by Portugal will doubtless be examined by us in *detail* in the course of our arguments.

Mr. President and Members of the Court, we submit that Portugal has neither a general nor a particular title to a legal right of passage from Daman to the enclaves and from one enclave to another in the manner claimed by her or in any manner whatsoever. We submit that Portugal has failed to establish her claim. We shall, however, proceed to answer the manifold contentions urged by Counsel for Portugal and in doing so shall endeavour to be as brief as possible.

Before I conclude this introduction of the Indian case, it only now remains for me to describe how my colleagues and I propose to divide the various topics between us.

When I have finished, I shall request you, Mr. President, to call upon M^e Rolin. He will deal with four matters. He will first discuss the objects of the Portuguese claim, and will go on to a legal analysis of the right of passage as defined by our opponents and a criticism of its lack of precision.

He will then begin our discussion of the general titles from which our learned opponents purport to derive their right of passage. He will also show that no such title can be drawn from the general principles of international law.

Finally, M^e Rolin will say the few words which are all that now need to be said about the Fifth Preliminary Objection raised by India. That is the objection that this dispute is excluded from the Indian Declaration of Acceptance of 28 February 1940 because by international law it falls exclusively within the jurisdiction of the Government of India. This objection, as the Court will remember, was joined to the merits by the Court's Judgment of 26 November 1957.

Professor Guggenheim will next take up the discussion of general titles. He will deal with custom, and the general principles of law as described in paragraph 3 of Article 38 of the Statute of the Court.

We shall then pass on to consider the special titles upon which Portugal relies, arising from local custom. The case here falls into three parts, the Maratha period, the British period and the period of independence. I shall deal with the Maratha period. The British period will be considered either by me or by my learned friend, Sir Frank Soskice. I shall address you again, to discuss the period of independence and the events of the insurrection.

At that point Professor Waldock will follow. He will first examine whether, supposing that Portugal did have a right of passage, it was one which she was entitled to exercise in the circumstances of the insurrection, and in so doing will discuss the question of the so-called responsibility of India in regard to the insurrection.

He will also discuss a rather novel form of injunction to control India's future acts which our opponents appear to be asking for from the Court. Professor Waldock will then go on to deal with India's Sixth Preliminary Objection which, by the Court's Judgment of 26 November 1957, was joined to the merits.

That is the objection that the dispute falls outside the Indian Declaration of Acceptance of 28 February 1940, *ratione temporis*. Finally, I shall present the Indian conclusions. That is the scheme which, with the approval of the Court, we propose to follow.

I request you, Mr. President, now to call upon M^e Rolin.

11. PLAIDOIRIE DE M. H. ROLIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DE L'INDE)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 9, 10 ET 12 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 9 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Au moment où notre équipe va entreprendre de répondre aux plaidoiries des conseils du Portugal, je crois de mon devoir de leur rendre un hommage. Certes, ils nous ont rendu la tâche difficile par l'habileté de leur argumentation; les raisonnements qu'ils vous ont présentés étaient empreints, en apparence, d'une grande logique, et il nous a parfois été malaisé d'en découvrir le vice.

Mais d'autre part, ils ont facilité notre tâche, et aussi celle de la Cour, par la grande rigueur de leurs méthodes et la clarté de leur exposé. Rien ne doit vous être plus difficile que de juger une affaire qui vous est exposée en désordre et dans la confusion, et dans les plaidoiries aussi, l'on éprouve parfois un véritable inconfort et insécurité à ne pas pénétrer avec exactitude la pensée de l'adversaire.

Ils ne peuvent en rien encourir un pareil reproche. Leur exposé fut facile à suivre, leurs arguments présentés avec précision, les citations nombreuses ont toujours été accompagnées de références nous permettant de les vérifier; cela nous a donné une grande sécurité dans notre travail de préparation. Nous les en remercions, et nous nous efforcerons de suivre leur exemple, tout en étant peut-être moins longs.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ainsi que M. l'*Attorney General* vous l'a exposé, la tâche qui m'est dévolue comporte, avant tout, la définition de l'objet du litige.

M. le professeur Bourquin, à l'audience du 22 septembre (à la page 306 du compte rendu sténographique), vous déclarait qu'il s'agissait là d'une question primordiale qui est au centre du litige. C'est l'évidence même.

La Cour, dans son délibéré, aura à examiner exclusivement la demande telle qu'elle lui est présentée, et même telle qu'elle lui est présentée dans sa dernière forme.

C'est en fonction de cette demande qu'elle va apprécier les arguments produits, les retenir ou les rejeter.

Les adversaires avaient donc raison d'attacher une grande importance à l'objet du litige. Mais on éprouve tout de même un certain étonnement à constater qu'ils ont dû y consacrer d'aussi longs développements. M. le doyen Telles vous en avait parlé déjà à l'audience du 21 septembre. Cela occupe les pages 294 et 295 du compte rendu sténographique. M. Bourquin vous en a parlé très longuement à l'audience du 22 et puis encore à celle du 23. Et si je m'en étonne, c'est parce que, comme M. le doyen Telles vous l'exposait à l'audience du 6 octobre (à la page 606 du compte rendu sténographique), il appartient, suivant votre Statut et suivant le Règlement, aux demandeurs de définir l'objet du litige.

Or, cette définition nous avait été donnée dans les conclusions de la requête et dans les conclusions du mémoire, et à première vue il semblait

donc que l'on pût se borner à cela. S'ils ont néanmoins cru devoir avec tant d'insistance vous en parler, c'est parce que, comme nous allons le constater, après avoir déposé leur requête, et après avoir rédigé leur mémoire, ils se sont trouvés déjà dans la phase des objections préliminaires devant des objections qui leur ont inspiré une modification importante de ce qu'ils vous avaient initialement demandé.

Ils ont apporté à cet objet des déformations, des réductions, des additions, des amputations et des camouflages, dont les plaidoiries vous ont donné d'abondantes illustrations, et dont les conclusions vous donnent la forme finale, sans préjudice — a-t-on pris soin de nous dire — des modifications ou additions qui pourraient encore y être apportées ultérieurement.

Il y a dès lors, Messieurs, pour l'Inde et pour la Cour, un intérêt primordial à comparer ce que l'on vous demande aujourd'hui avec ce que l'on vous demandait hier. Cela nous permettra de vous montrer l'existence, dans la nouvelle construction, de certaines fausses fenêtres, fausses cheminées, colonnes de stuc peintes en marbre qui vous démontreront le caractère artificiel de cet édifice.

Constatons tout d'abord, Messieurs, que la demande est *complexe*. Dans son introduction, M. le doyen Telles ne vous avait parlé que d'un seul objet: le droit de passage qu'on allait demander à la Cour de reconnaître dans son arrêt.

Dans sa plaidoirie, M. le professeur Bourquin, dans ses premières plaidoiries, avait indiqué qu'il y avait ce qu'il appelait, à la page 324 du compte rendu du 22 septembre, un deuxième *aspect*, et quelques minutes plus tard, à la reprise, un deuxième *objet* de la demande. Cependant, dans la procédure écrite, dans les conclusions aussi bien de la requête que du mémoire, l'on constate qu'il y a un *troisième* objet; il n'y a pas seulement la définition du droit, la constatation de sa violation, il y a une demande d'injonction, et dans les conclusions finales vous aurez constaté que cela s'accroît d'une demande subsidiaire d'injonction.

Nous allons voir d'un peu plus près chacun de ces objets.

[Audience publique du 9 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au cours de l'audience de ce matin, je vous ai indiqué que je me proposais d'examiner la définition que mes estimés contradicteurs avaient donnée de l'objet de la demande, plus exactement des objets de la demande, car je vous ai exposé qu'il y en avait trois: le premier étant la définition d'un droit que le Portugal demande à la Cour de lui reconnaître; le deuxième étant la constatation d'une violation de l'obligation qui incomberait à l'Inde corrélativement avec ce droit; le troisième étant une demande d'injonction à l'Inde de cesser les infractions commises relativement à cette obligation.

Je vais maintenant passer en revue chacun de ces objets et voir d'un peu plus près comment il est conçu par les conseils du Portugal avant d'examiner les modifications qu'il a subies et qui lui ont été apportées postérieurement à la requête et au mémoire.

Le premier objet et certainement le principal, *c'est la reconnaissance du droit de passage*. Les deux autres sont accessoires.

On vous demande la reconnaissance de ce droit *in abstracto*, de façon générale, sans égard aux circonstances dans lesquelles prétendument il aurait été violé. On vous en demande donc une définition qui vaille, qui

puisse trouver son application, dans toutes les circonstances quelles qu'elles soient, y compris les circonstances particulières de 1954.

Cela n'a pas été contesté. Le caractère abstrait de cette définition a été reconnu par mes estimés contradicteurs. M. le doyen Telles, à l'audience du 6 octobre, je lis à la page 614 du compte rendu sténographique, constatait que l'*Attorney-General* avait soutenu que le différend traitait du droit de passage sous une forme abstraite et générale et M. Telles répondait que ce n'était pas son seul objet. Mais il admettait ainsi tacitement que le premier objet était bien une définition sous une forme abstraite et générale.

Ce droit, Messieurs, ce droit de passage était défini dans la requête dans les termes suivants:

« Dire et juger que le Portugal est titulaire ou bénéficiaire d'un droit de passage entre son territoire de Damão (Damão du littoral), ses territoires enclavés de Dadrá et de Nagar-Aveli et entre ceux-ci, et que ce droit comprend la faculté de transit pour les personnes et pour les biens, y compris les forces armées ou les autres soutiens du droit et de l'ordre, sans restrictions ou difficultés et de la manière et dans la mesure requises par l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur lesdits territoires. »

Et dans le mémoire, le droit était défini en termes assez semblables. La Cour est priée de reconnaître que:

« le Portugal a un droit de passage sur le territoire de l'Inde en vue d'assurer les liaisons entre son territoire de Damão (Damão du littoral) et ses territoires enclavés de Dadrá et de Nagar-Aveli; que ce droit comporte le transit des personnes et des biens ainsi que le passage des représentants de l'autorité et des forces armées nécessaires pour assurer le plein exercice de la souveraineté portugaise dans les territoires en question. »

Voyons, Messieurs, si cela est prévenu dans les plaidoiries et dans les conclusions finales.

Dans sa plaidoirie, M. le professeur Bourquin, reprenant fidèlement quatre caractéristiques qui se trouvaient déjà indiquées dans la réplique sous les paragraphes 15 et 19, indiquait qu'il s'agissait d'un droit de transit de Damão à Nagar-Aveli et Dadrá et entre ces enclaves; que ce droit était limité à ce qui est nécessaire pour l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves; que ce droit était soumis aux réglementations et restrictions indiennes sous condition que celles-ci soient édictées de bonne foi et ne portent pas atteinte à ce qui était indispensable à la souveraineté portugaise, et enfin que le droit ne comportait aucune immunité.

Et, quant aux conclusions finales, c'est à la page 9¹ que l'on trouve la conclusion relative à la définition de droit. À première vue l'on est un peu déçu, car la définition y est donnée par référence. On demande à la Cour de « dire et juger que le droit de passage entre les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli et entre celles-ci et l'arrondissement côtier de Damão, tel qu'il est défini ci-dessus, existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde ». Ce qui est « défini ci-dessus » occupe à peu près huit pages. L'on voit mal la Cour reproduire, éventuellement, ces

¹ Voir vol. V, Quatrième Partie, *Correspondance*, sous le n° 177. La pagination indiquée par l'orateur a trait à une édition provisoire des conclusions.

huit pages comme étant la définition d'un droit dont elle consacrerait l'existence, mais en réalité on trouve sensiblement les caractéristiques que je viens d'indiquer dans le développement qui se trouve donné dans ce premier chapitre des conclusions.

En résumé, Messieurs, le droit revendiqué se trouve défini sous trois aspects différents: d'une part quant à sa nature, quant à son volume et quant à ses modalités.

Quant à sa nature, il s'agit d'un droit de transit et pas d'un droit d'accès, nous a-t-on dit. Il s'agit d'un droit de transit entre Damão et chacune des deux enclaves ou entre les deux enclaves.

Ils'agit, d'autre part, *quant au volume*, d'un droit qui trouve sa limite et sa mesure dans les nécessités de l'administration par le Portugal de ces enclaves. Je me réfère à ce sujet à ce qui est indiqué par M. le professeur Bourquin et à d'innombrables déclarations de M. Telles, qui nous ont dit que cela ne faisait en aucune façon obstacle à ce que telle personne, tel bien se trouvent se voir refuser l'accès du territoire indien ou même le passage de Damão aux enclaves; à ce que le passage soit même refusé à des forces de troupes à certains moments et pas à d'autres. Tant que l'exercice est possible, tant que l'on n'a pas provoqué l'effondrement de l'administration, il n'y a pas d'infraction. Dans la dernière partie de l'exposé qui vous a été fait des événements de 1953 et 1954, vous aurez constaté que pour la période post-britannique, le Portugal distingue assez curieusement trois périodes: une période qui va de 1947 à 1952, une période de 1952 à 1953, une période de 1954 et postérieure, et que, tandis qu'il critique et accuse l'Inde d'avoir à partir de juillet 1954 violé ses obligations, il s'abstient de lui reprocher une violation quelconque aux restrictions très considérables, et qu'il déplore, qui ont été antérieures à juillet 1954. Il y a eu à divers moments des interdictions de certaines des conditions mises au passage de certaines personnes ou de certains biens; c'était, Messieurs, dans les limites de ce qui n'était pas nécessaire, indispensable à l'administration des enclaves, puisqu'elle continuait.

Et enfin, Messieurs, *quant aux modalités* du droit, il s'agit d'un droit de transit qui est subordonné à toutes les mesures de réglementation que le Gouvernement indien pourra prendre, tant à l'égard des organes officiels et des troupes qu'à l'égard des particuliers et des biens, sans qu'il ne puisse être arrêté par aucune immunité quelconque, puisque ces immunités auraient pour effet de faire échapper certaines personnes et certains biens à l'exercice normal de l'administration par l'État indien de ses compétences sur le territoire intercalaire.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si nous comparons cette définition actuelle avec le libellé initial des objets de la demande, nous constatons qu'il y a un seul point commun, c'est celui qui est relatif à *la nature du droit*. Il s'agit actuellement, comme il y a deux ans, d'un droit de passage, il s'agit non pas d'un droit d'accès général au territoire indien mais d'un droit de passage de territoire portugais à territoire portugais et même, plus précisément, du territoire portugais de Damão au territoire de chacune des enclaves ou d'une enclave à l'autre.

Mais, Messieurs, ceci dit, je puis bien reconnaître que, bien qu'il ait figuré sous cette forme déjà dans la requête et dans le mémoire, ce droit avait subi une première mutilation par rapport au droit qui avait été traditionnellement réclamé par le Portugal.

Je dois dire tout de suite que, lorsque l'on a entendu les indications que vous a données M. l'Attorney General ce matin sur la situation

géographique des enclaves, on se rend compte tout de suite combien l'on surestime dans la procédure écrite actuelle et dans les plaidoiries, du côté portugais, l'importance que présentait, tout au moins du point de vue économique, pour les enclaves la relation avec Damão. Je voudrais ajouter, aux explications qui vous ont été données à ce sujet, quelques précisions. Damão est une petite ville qui n'a pas 20.000 habitants. Elle en a moins de 25.000 avec le petit territoire qui l'entoure. Dadrá et Nagar-Aveli ensemble en ont environ 42.000.

On conçoit, Messieurs, que Dadrá et Nagar-Aveli présentent dès lors une certaine importance pour Damão. Et c'est du reste la raison d'être véritable des droits que le Portugal, il y a un siècle et trois quarts (175 ans), a demandés sur ces enclaves — indépendamment du revenu annuel de 12.000 roupies qui, vraisemblablement, intéressait tout particulièrement l'administration locale, en réalité, comme l'a dit M. Braga da Cruz, le 24 septembre (je me réfère au compte rendu sténographique), les villages avaient été donnés à l'État portugais justement pour la provision, pour l'aide, pour le soutien, pour l'appui matériel, de la place de Damão dont la situation économique était devenue extrêmement précaire. Et M. le doyen Telles, le 26 septembre, à deux reprises, page 406 et page 409 du compte rendu sténographique, s'est étendu sur le même aspect. Ce n'est donc pas dans l'intérêt des enclaves que les communications sont indispensables, c'était dans l'intérêt de Damão.

Un autre chiffre suffit du reste à vous montrer l'absurdité d'attacher une importance quelconque du point de vue économique aux relations de ces enclaves avec Damão, c'est que, entre Damão et Goa, mais beaucoup plus près de Damão que de Goa, se trouve Bombay, et la ville de Bombay compte non pas 20.000 habitants mais elle en compte 4.000.000. Vous vous rendez compte de l'attraction formidable qu'exerce sur tout le pays environnant cette immense concentration humaine, les besoins que cela représente, l'activité économique par laquelle elle se traduit.

Même, Messieurs, du point de vue du passage, du transit de territoire portugais à territoire portugais, il n'est pas vrai que les droits réclamés traditionnellement par le Portugal aient été exclusivement ceux du territoire des enclaves à Damão.

Les relations, Messieurs, entre Goa et Damão par terre étaient tout aussi importantes. Je sais bien que Damão ne répond pas, en apparence, géographiquement, à la définition que mes estimés contradicteurs ont donnée des enclaves. Mais, Messieurs, ils oublient une circonstance qui pourtant devait leur apparaître d'une annexe qui figure à leur propre réplique, c'est le document 154, qu'ils ont du reste reproduit aussi dans le texte de leur réplique mais qu'il n'ont reproduit que de façon très incomplète. Cette annexe, c'est une lettre adressée le 14 juillet 1953 (vous voyez qu'elle est fort récente, elle est antérieure exactement d'un an à la chute du pouvoir portugais dans les enclaves) par le chef du cabinet du ministre d'Outre-mer au ministre des Affaires étrangères de Portugal.

Ce document est, je ne sais pas pourquoi, publié en traduction anglaise. Il était cependant assurément en langue originale portugaise, et dès lors, vu la langue adoptée par le Portugal pour son mémoire, le français paraissait plus indiqué.

C'est une communication d'instructions données par le ministre d'Outre-mer, comme suite à certaines informations qui lui avaient été transmises par son collègue des Affaires étrangères et qui, comme nous

allous le voir, provenaient du ministre du Portugal à New-Delhi. Que dit le ministre d'Outre-mer?

« Avis peut être donné [comme suite donc à cette communication du 14 juillet 1953, où on transmettait des renseignements fournis par le ministre du Portugal à New-Delhi] — avis peut être donné que des mesures ont été prises et sont prises dans la direction suggérée. »

Entre parenthèses, je regrette beaucoup que nous n'ayons pas la lettre du 14 juillet qui nous montrerait quelles ont été les mesures suggérées par le ministre du Portugal à Delhi.

« Mais — continue l'instruction du ministre —, pour votre information, il doit être dit qu'il n'est pas possible de maintenir des communications par mer pendant la période de mousson avec Damão et Diu, vu que leurs ports respectifs ne permettent l'entrée d'aucune sorte de navires excepté dans des cas très spéciaux. »

Et le ministre tire des conclusions de cette situation.

« Il n'est pas considéré acceptable que les communications soient entravées entre les territoires de Dadrá, de Damão et Nagar-Aveli à travers l'Union indienne vu qu'il n'y a pas d'autres communications », cela, c'est le passage que l'on reproduit dans la réplique, « ni que des objections puissent être élevées concernant le passage pacifique de personnes et de choses de Goa à Damão. Je crois que les cas et objections élevés ne peuvent qu'être le sujet de protestations diplomatiques de notre part. Abandonner un tel droit de transit serait un abandon sans aucune compensation. »

Goa-Damão, Messieurs, cela fait environ 600 kms, c'est pourtant le même droit de transit pour les mêmes raisons que l'on réclame dans ce document du 16 juillet 1953 pour cet itinéraire que pour l'espace entre Damão et les enclaves. Vous voyez donc que si, pour les besoins de la cause, parce que l'on se plaint d'une violation relative aux relations entre Damão et Nagar-Aveli, on limite la demande actuelle, en réalité, le droit extraordinaire qui était conçu par les mégalomanes de Lisbonne, c'était un droit illimité de territoire portugais à territoire portugais, quelle qu'en soit la distance.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous avons vu que, *quant à son volume*, le droit de passage revendiqué devait être conçu actuellement, suivant les dernières conclusions, comme limité à ce qui était requis pour l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves. Ce n'est donc pas un droit général, c'est un droit réduit, je dirais réduit au minimum vital. Cette caractéristique du droit revendiqué, cette limitation de son contenu est incontestablement nouvelle.

Assurément, Messieurs, dans la requête et dans le mémoire, avait été abondamment indiqué le lien qui existait entre les nécessités de la souveraineté portugaise dans les enclaves et le droit de passage, mais on voyait dans ces nécessités la justification du droit de passage. On n'y voyait pas la limitation du droit de passage; si ce n'est peut-être en ce qui concerne les forces militaires.

Et, Messieurs, si M. le professeur Bourquin a su citer également un document, plus exactement un passage du *mémoire portugais*, où l'on montre qu'il y avait une limitation, celle-ci ne concerne pas non plus le

droit de passage, mais la jouissance qui était effectivement faite du droit de passage par le Portugal. « Le droit de passage — lit-on au paragraphe 18 du mémoire — s'exerçait naturellement dans la mesure et suivant les modalités que déterminaient dans chaque cas les besoins de la souveraineté portugaise. Il comportait particulièrement le passage des agents des autorités civiles et militaires, ainsi que des particuliers et des biens. »

C'est là, Messieurs, un truisme, une lapalicaide. Le Portugal n'exerçait le droit de passage que dans la mesure de ses besoins ; pourquoi aurait-il envoyé par pure perte de temps, comme une espèce de corvée insupportable, des personnes et des biens faire un aller-retour de Damão à Dadra et Nagar-Aveli, alors que cela n'aurait répondu à aucun besoin ? Mais ce que je cherche en vain dans les premiers écrits, et ce qui, comme nous le verrons tantôt, est tout à fait inconcevable et contradictoire, c'est que l'on ait limité à la mesure requise par les besoins, non pas des enclaves en général, de l'administration portugaise dans les enclaves, le trafic des personnes, des biens, en même temps que des troupes et forces armées.

Messieurs, la nouveauté de la définition du droit revendiqué est encore plus flagrante et plus importante *en ce qui concerne la troisième caractéristique relative aux modalités*. Vous avez entendu mes estimés contradicteurs vous dire à longueur de journée qu'ils ne songeaient pas un instant à contester la souveraineté indienne dans les territoires intercalaires, et qu'il était bien entendu que cette souveraineté pouvait se manifester par toutes sortes de limitations et de réglementations, tant en ce qui concerne le volume que les conditions, les inscriptions, les demandes d'autorisations qui pourraient être imposées par l'administration indienne. Cependant, dans le document, dans les conclusions de la requête que je vous ai déjà lues, nous avons bien lu que le droit de passage était demandé sans restrictions ou difficultés, et en ce qui concerne le mémoire, vous ne trouvez pas ces mots dans la définition du droit, mais vous les trouvez dans le paragraphe suivant où l'on vous demande « de dire et juger que le Gouvernement de l'Inde doit s'abstenir de tout acte susceptible d'entraver le droit et d'en compromettre l'exercice ». Nous voilà loin, n'est-ce pas, de cette espèce de pouvoir de réglementation illimitée, qui était réclamé ou qui était concédé généreusement à l'Inde comme une des modalités de ce droit extrêmement modeste faisant l'objet du litige.

Ainsi, Messieurs, en ce qui concerne les biens, il résulte de ce que l'on nous dit actuellement que, tandis que les biens devaient pouvoir, aux termes de la requête, circuler sans restrictions ni difficultés, aujourd'hui, l'on nous a notamment indiqué que l'on pouvait exclure certains produits ou les contingerter, et notamment lorsque nous avons montré que, à certains moments, le trafic du sel avait été interrompu, nos adversaires nous ont dit, « mais cela est parfaitement consistant avec la définition du droit tel que nous le concevons ». Et cependant il est clair que cette interdiction aurait été incompatible avec le droit de transit tel qu'il était revendiqué dans sa forme initiale, et que le Portugal avait donc bien maintenu jusqu'à une date toute récente la revendication que ses représentants avaient formulée en 1818 et en 1859, et que le professeur Bourquin a donc commis une erreur certaine lorsque, dans sa plaidoirie du 22 courant, à la page 321 du compte rendu sténographique, il a déclaré : « le demandeur n'a jamais formulé une prétention de ce genre et n'a

cessé, au contraire, de la répudier ». Je me demande vraiment ce que signifient les mots « sans restrictions, interdiction d'entraver » figurant dans la définition originaire du droit revendiqué si cela n'a pas très exactement pour portée d'exclure toute interdiction de transit de certains produits.

Et quant aux autorités et forces armées portugaises, l'exclusion de toutes restrictions et entraves que nous avons vu figurer dans les documents initiaux faisait obstacle, bien certainement, à toute limitation des contingents pour lesquels on demandait passage, comme à toute autre mesure qui aurait été susceptible de troubler le passage, la marche, l'ordre de marche auquel obéissaient les troupes portugaises de police ou autres. Notamment, pareille stipulation assurait le respect des immunités qui, suivant l'Inde, doivent être reconnues en territoire étranger à pareilles troupes. Elle marquait clairement le refus du Portugal de subordonner l'exercice qu'il entendait faire de son droit de passage au contrôle de l'Inde. Et s'il est vrai que suivant le libellé de la requête ou du mémoire ce passage ne devait être accordé que dans les limites de ce qui était requis pour les besoins de la souveraineté portugaise, tout au moins en ce qui concerne le passage des troupes armées, il était bien entendu, dans la pensée du Portugal, que le premier juge de ses besoins, ce n'était pas l'Inde, comme on vous l'a exposé ici, c'était le Portugal.

Nous avons, Messieurs, à ce sujet, dans le mémoire un texte qui est tout à fait formel, c'est le paragraphe 37. On y lit :

« Le Gouvernement portugais voulut porter immédiatement secours aux territoires envahis et à leurs habitants. » (Nous sommes en juillet 1934.) « Il était indispensable pour cela d'envoyer des autorités et des forces portugaises du Damão dans les enclaves. Le Gouvernement portugais, qui aurait pu procéder sans autres formes à cet envoi, préféra en avvertir le Gouvernement indien et s'assurer qu'aucun obstacle ne serait mis au passage des renforts. »

Vous avez entendu, c'est une déclaration formelle, et c'est logique, car qui peut apprécier les besoins du Portugal si ce n'est le Portugal lui-même? Lorsque le Portugal estime qu'il y a un besoin pour lui d'envoyer des troupes, il doit, suivant le mémoire, il peut, suivant le mémoire, envoyer ses troupes sans donner de préavis ni demander d'autorisation à qui que ce soit.

Voilà le droit que l'on revendiquait. Aujourd'hui, Messieurs, nous verrons pour quelle raison, nous verrons avec quelle arrière-pensée, pour quels besoins de la tactique adoptée par M. le professeur Bourquin, il a paru indispensable de réduire ce droit à une portion d'apparence infime pour essayer de le rendre acceptable.

Nous aurons à examiner, Messieurs, si le droit de passage ainsi réduit présente encore le minimum de précisions qui nous paraît vraiment indispensable pour qu'il mérite une reconnaissance judiciaire, pour qu'il soit susceptible du contrôle judiciaire, sans lequel il n'y a pas de droit concevable. C'est ce qui fera l'objet de mon examen ultérieur. Mais avant cela, j'aurai encore à vous dire quelques mots du deuxième et du troisième objets de la demande.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le deuxième objet de la demande portugaise se trouve libellé comme suit dans les conclusions finales :

« Plaise à la Cour, dire et juger que l'Inde ne s'est pas conformée aux obligations que lui impose le droit de passage du Portugal. »

Mes commentaires sur ce point seront brefs. Évidemment, nous combattons la manière de voir portugaise, nous estimons que cette demande n'est pas fondée, avant tout parce que l'obligation qu'elle nous attribue est une obligation inexistante. Mais nous ne contestons en aucune façon la recevabilité de cette demande. Cette demande figurait dans la requête, elle figurait dans le mémoire, elle est parfaitement logique. Il va de soi que la violation que l'on prétend avoir été commise par l'Inde peut être constatée par la Cour, et il n'est jamais venu à notre esprit de demander que la Cour examine cette question abstraction faite des circonstances spéciales qui existaient en juillet 1954 et depuis.

Je ne sais pas comment M. le professeur Bourquin a pu nous attribuer une pareille pensée, alors qu'au contraire, c'est, je dirais volontiers, notre principal cheval de bataille, qu'à supposer que pareil droit ait jamais existé, ce droit ne comportait pas l'obligation de passage dans les circonstances existant en 1954.

Messieurs, tout le développement de M. le professeur Bourquin, qu'il a consacré à cette question le 22 septembre et le 23 septembre, dans la dernière partie de la séance du 22 et dans la première du 23, était donc superflu. Il est vrai que dans les objections préliminaires, au paragraphe 195, dans notre contre-mémoire, au paragraphe 6, dans la duplique, aux paragraphes 9 et 10, l'Inde s'était réservé la possibilité d'opposer une fin de non-recevoir, mais, Messieurs, c'était très expressément et très exclusivement dans le cas où le Portugal, comme il paraissait en annoncer l'intention dans son mémoire, et surtout dans ses observations préliminaires et les plaidoiries y relatives, prétendrait étendre la responsabilité imputée à l'Inde à d'autres faits que le refus de passage, prétendrait faire constater par la Cour d'autres violations que celle de cette prétendue obligation.

Or cela, Messieurs, cela aurait dépassé la requête, cela aurait constitué une demande nouvelle.

Je dois dire que la plaidoirie de M. le professeur Bourquin n'avait fait qu'augmenter notre croyance que telle était bien l'intention du Portugal. Nous avons relevé que le 22 septembre, cela se trouve à la page 324, il définissait le deuxième objet de la requête comme la constatation « des manquements de l'Inde à ses obligations. » Quelles obligations? Celles relatives au droit de passage ou celles relatives au voisinage d'un territoire sous la dépendance portugaise et qui était le théâtre de troubles intérieurs? Le 23, il avait déclaré qu'il « rejetait comme tout à fait artificielle la thèse suivant laquelle, en faisant état de la responsabilité de l'Inde dans les événements dont Dadrá et Nagar-Aveli ont été l'objet, le Portugal sortirait du cadre de sa requête introductive d'instance ».

Cela paraissait conçu en termes très généraux. De quels actes voulait-on nous rendre responsables? Du fait d'avoir refusé le passage, ou bien pour d'autres actes qui se trouvaient allégués de ci de là dans les écrits, sans du reste qu'on en apportât la moindre preuve?

Je constate, Messieurs, avec satisfaction qu'aujourd'hui la question ne se pose plus. Je viens de vous lire les conclusions finales. Elles sont parfaitement claires. Il s'agit exclusivement de l'obligation que nous imposerait le prétendu droit de passage du Portugal. Il ne s'agit de rien d'autre. Il n'est donc pas question de fin de non-recevoir, et je suis le premier à m'en réjouir.

Pour le surplus, je dois tout de même faire, en ce qui concerne ce deuxième objet, deux observations.

La première, c'est que le droit et l'obligation corrélative que l'Inde est accusée d'avoir violés s'identifient avec le droit et l'obligation que l'on avait développés *in abstracto* dans la première partie et dont on vous demande la reconnaissance.

M. Telles a dit : « c'est un cas d'application » et M. Bourquin a dit — ou bien c'était aussi M. Telles — : « c'est un cas d'exercice anormal ». En réalité, Messieurs, comme je vous l'indiquais tantôt, la question est de savoir quel est le contenu de ce droit théorique général, et si ce droit, tel qu'on l'a défini en termes très généraux dans le premier objet que nous avons examiné tantôt, comporte une obligation pour l'Inde de laisser passer des troupes, même lorsque l'on se trouve devant un territoire en révolte ou qui a abouti dans sa révolte.

Messieurs, cette question est tellement délicate que M. le professeur Bourquin y a consacré la valeur de trois audiences entières et que dans les conclusions finales, cela occupe vingt-et-une pages groupées à part sous un titre singulier. Cela s'appelle : « Conclusions relatives aux différentes thèses soutenues par le Gouvernement de l'Inde quant à l'effet des circonstances présentes sur l'exercice du droit de passage. »

Ainsi, Messieurs, j'attire l'attention de la Cour sur l'aspect paradoxal de ces conclusions. On vous demande : 1° de reconnaître l'existence d'un droit, et dans la définition de ce droit, bien entendu pas un mot n'est dit sur l'existence éventuelle de ce droit dans l'hypothèse d'une insurrection ; 2° on vous demande ensuite de dire dans la deuxième conclusion : l'Inde a violé le droit ainsi défini et l'obligation corrélative ; et puis, 3°, après avoir ainsi demandé à la Cour de reconnaître qu'en juillet 1954 l'Inde a violé ses obligations, on aborde la question de savoir quel était le contenu de l'obligation et s'il existait une obligation de l'Inde en juillet 1954, et depuis, en présence de l'insurrection.

Vous reconnaissez, Messieurs, qu'il y a là du point de vue même simplement logique, une certaine anomalie.

Ma deuxième observation est la suivante : si je compare le libellé de la conclusion seconde figurant dans les conclusions actuelles avec celle qui figurait dans la requête et le mémoire, je relève une autre petite différence ; elle est la suivante : dans la requête, on demandait à la Cour : « dire et juger que l'Inde a empêché et continue à empêcher l'exercice du droit dont il s'agit ». Et puis, dans le mémoire, on vous demandait de même de « dire et juger que le Gouvernement de l'Inde a agi et continue d'agir contrairement aux obligations rappelées ci-dessus ». Il y avait donc une demande de constatation de violation pour le passé et pour le présent.

Dans le deuxième objet des conclusions finales actuelles, l'on vous demande de passer condamnation pour le passé. L'on se tait en ce qui concerne le présent, ou plus exactement, le présent se trouve renvoyé à la troisième partie. Cette singulière partie qui s'appelle : « Conclusions relatives aux différentes thèses », va se terminer non même pas par une demande de constatation formelle de violation, mais par une demande d'injonction qui implique une condamnation quant à la violation actuelle de notre obligation.

J'en arrive ainsi, Messieurs, à ce troisième objet de la demande, qui est donc une injonction de rétablir le prétendu droit violé. Il figurait dans la requête et dans le mémoire et encore une fois, nous ne songeons pas à

contester sa recevabilité. Il est tout à fait naturel que si le Portugal prétend qu'il y a violation, on demande que cette violation vienne à cesser. Mais ceci dit, Messieurs, la Cour va constater un fléchissement flagrant dans la position du Portugal, et c'est vraisemblablement ce qui explique que l'on ait détaché le présent du passé et qu'on l'ait refoulé vers un chapitre distinct. Car en ce qui concerne le présent, et sans doute le passé récent car la situation actuelle remonte tout de même déjà à une certaine époque, très exactement au début d'août 1954, on est disposé à admettre, fût-ce à titre subsidiaire, que par hypothèse, la Cour puisse être d'avis « que les conditions requises pour suspendre le passage se trouvent réalisées ». Si les conditions requises pour suspendre le passage se trouvent réalisées, il va de soi que depuis que ces conditions existent, il n'y a plus violation. On ne demande plus qu'il y ait constatation de violation pour cette période dont le point de départ n'est pas indiqué avec précision, et l'on se borne à demander à la Cour, tout en autorisant le *statu quo*, de l'accommoder de diverses conditions que l'on énumère en termes également assez mystérieux et généraux et dont M. le professeur Waldock devra examiner la recevabilité.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans la procédure écrite, le Gouvernement indien a exposé que le premier objet de cette demande, tel que nous venons de l'examiner, n'a pas une précision suffisante. C'est le premier grief que je vais développer devant vous. Il ne sera donc plus question maintenant, dans mon chef, du deuxième objet ni du troisième objet de la demande, il n'en sera question que plus tard, beaucoup plus tard, vers la fin de notre exposé, de la part de l'*Attorney-General* et de la part du professeur Waldock. En ce qui me concerne, je ne m'occuperai que du premier objet et même de certains premiers aspects du premier objet, et avant tout de ce grief d'imprécision.

Les explications que nous avons entendues de M. Bourquin n'ont pas — je le regrette — dissipé cette impression, elle l'ont, au contraire, renforcée.

Il nous paraît certain que du fait des modifications qui ont été apportées à l'objet initial, celui-ci n'a plus un contenu suffisant, n'a plus des contours suffisamment précis pour pouvoir faire l'objet d'une consécration judiciaire. Ah! sans doute, M. le professeur Bourquin a eu beau jeu de développer en plaidoirie, comme on l'avait fait dans la requête, qu'il y a bien des principes de droit qui ne sont pas libellés d'une façon tellement rigoureusement précise que l'on puisse immédiatement en traduire en clair les applications qui doivent être faites dans la réalité de la vie. Mais, Messieurs, encore faut-il que le droit contienne des éléments suffisants pour rendre déterminable son application. Encore faut-il qu'il n'y ait pas, dans la définition, des éléments contradictoires qui — je crois pouvoir le démontrer — rendent rigoureusement impossible l'existence de ce droit. Dans notre pensée, en réalité, ce sont là des contradictions mortelles. Le droit n'a jamais *pu exister!* Non seulement il n'a pas existé, mais c'est un droit mort-né; c'est un droit rigoureusement inviable, inconcevable.

Je vais m'occuper d'abord de sa limitation quantitative. On nous dit aujourd'hui: droit de transit seulement dans la mesure de ce qui est nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

Cette caractéristique se heurte à des objections et des contradictions certaines.

La première, c'est la contradiction qui existe entre cette condition: reconnaissance de l'existence d'une nécessité pour les besoins de l'administration, et le fait que, bien que la chose ne soit pas précisée dans les conclusions, il est certain, par toutes les plaidoiries que nous avons entendues, car elle n'est pas non plus niée dans les conclusions, que le droit de passage que l'on réclame et dont on ne mentionne pas les bénéficiaires est un droit de passage qui ne se limite pas aux organes officiels, mais qui s'étend aux personnes privées et aux biens.

M. le professeur Bourquin ignore les personnes privées. Il ignore les biens privés. Il est obnubilé, il est obsédé par cette pensée: besoins de l'administration.

Le Portugal a une souveraineté, cela impose, à toute évidence, la présence de ses organes officiels. Donc de s'occuper de ces organes.

Mais les collègues de M. Bourquin, et M. Lalive, et les professeurs portugais, vous ont tous abondamment parlé des personnes privées et des biens. Du reste, si vous vous référez à la dernière pièce de la procédure écrite, la réplique, vous y trouverez cinquante paragraphes consacrés à une sous-section: le transit des choses. Or, qu'est-ce que cela a à faire avec les besoins de l'administration? En quoi est-ce que l'exercice de la souveraineté portugaise impose que des personnes privées puissent aller voir leur famille ou acheter un stère de bois à Nagar-Aveli, ou se procurer certains ravitaillements meilleur marché qu'ils ne le pourraient à Damão? Et le trafic des biens, dans la mesure où ils ne sont pas destinés à l'administration, qu'est-ce que cela a à faire avec l'exercice de la souveraineté?

Je vous ai montré, Messieurs, et M. l'*Attorney-General* vous a montré, que ce territoire sans frontières douanières, entouré sur tout son pourtour de territoire indien, avec dix routes qui le relie au territoire indien, vit de la vie indienne.

Le manque de pertinence des besoins de la souveraineté résulte avec éclat des conclusions finales qui, bien que muettes sur cette extension aux personnes et aux biens, y font une claire allusion dans la conclusion subsidiaire qui détermine la troisième partie.

J'ai trouvé là, à la page 39¹, avec étonnement, Messieurs, la conclusion subsidiaire, libellée comme suit:

« Si la Cour est d'avis que les conditions susmentionnées requises pour suspendre le passage des forces armées portugaises se trouvent réalisées, dire et juger: »

et puis je lis le dernier alinéa:

« 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. »

Je n'ai guère d'objection à cette demande quant au fond. En réalité le trafic de biens a été suspendu très peu de temps — ce très faible trafic de biens qui existait entre Damão et les enclaves — et il n'y a aucune raison pour que l'Inde s'y oppose. Mais je souligne, Messieurs, qu'on le demande. Mais je vous pose la question. Nous nous trouvons actuellement dans une situation que le Portugal connaît et se plaint de ne pas être en mesure d'exercer la souveraineté dans les enclaves. Et le Portugal, néanmoins, réclame que la Cour veuille bien lui dire que le droit

¹ Voir p. 634, note en bas de page.

de passage doit être respecté en ce qui concerne les personnes privées et les biens. Mais de quel chef? Si, comme il est dit dans la première partie, ce droit de passage est limité à ce qui est nécessaire pour l'exercice de la souveraineté, cette malheureuse souveraineté portugaise ne s'exerce pas. Elle ne s'exerce en rien. Et si c'est là la justification et la mesure du droit de passage, il n'y a pas plus place pour un droit de passage en ce qui concerne les biens et les personnes privées qu'en ce qui concerne les forces armées. Ce qui confirme que cette limitation quantitative qu'on prétend insérer dans le droit revendiqué détruit le droit de passage quant aux personnes privées et aux biens. Vous voyez donc que, lorsqu'on vous demande de proclamer l'existence d'un droit de passage des personnes privées et des biens dans les mesures requises par les besoins de l'administration portugaise, on vous demande de proclamer une absurdité, puisqu'en réalité cette limitation ramène ce droit à zéro.

Messieurs, même en ce qui concerne le passage des forces armées, la limitation à ce qui est nécessaire pour l'exercice de la souveraineté ne fournit pas davantage de critère satisfaisant, car comment savoir ce qui est nécessaire? On nous l'a assez dit, cela varie suivant les circonstances. C'est donc un droit élastique. Ces circonstances peuvent du reste être appréciées différemment. Qu'est-ce que « apprécier les besoins de l'administration et du maintien de l'ordre à Nagar-Aveli », sinon émettre un jugement sur l'avenir, sur les conséquences probables d'une abstention de passage, ou sur les conséquences probables d'un passage de troupes d'une importance déterminée? Supposons, Messieurs, que le Portugal demande l'envoi périodique de police, comment savoir s'il est nécessaire d'envoyer des policiers à Dadrâ et à Nagar-Aveli? Pourquoi est-ce que le Portugal ne les recrute pas sur place? Serait-ce peut-être qu'il a peur de la population, des sentiments qu'elle pourrait avoir à son égard? De toute façon, on peut contester qu'il y ait une nécessité vérifiable d'envoyer des policiers de l'extérieur.

Supposons que le Portugal demande que des policiers, ayant procédé à une arrestation dans les enclaves, puissent ramener la personne arrêtée vers Damão. Est-ce que c'est nécessaire pour l'exercice de l'administration? Pourquoi, Messieurs, n'y a-t-il pas une prison sur place? Après tout il y a 42.000 habitants dans les enclaves; il n'y en a que 20.000 à Damão. La même chose en ce qui concerne les tribunaux. Qu'est-ce que cela veut dire: ce qui est nécessaire pour l'administration?

Et en ce qui concerne les menaces de troubles et la nécessité des renforts, si le Portugal émet une pareille demande, mais il faudra tout d'abord savoir, dans le système portugais, s'il apprécie sainement la situation et s'il y a une situation comportant une menace de troubles. Et à supposer qu'il y ait une période d'agitation, est-ce qu'il y a un besoin, pour les nécessités de l'administration, d'envoyer des troupes? Est-ce que cela ne va pas avoir l'effet inverse d'exciter la population? Est-ce que le meilleur moyen de ramener le calme n'est pas d'adopter une politique plus libérale? Cela pourrait être éventuellement l'avis de l'organe auquel on s'adresserait ou de celui qui aurait apprécié une divergence d'avis entre le Portugal et l'Inde sur ce chapitre.

S'il en est ainsi, Messieurs, comment proposer à la Cour de proclamer l'existence d'un droit de passage limité aux besoins de la défense? Alors que cela peut être infime ou considérable, que l'on reconnaît qu'en temps normal cela est à peu près nul, mais que l'on prétend que de ce petit droit qui se manifeste par le passage périodique d'un ou deux policiers

peut brusquement sortir l'exigence légitime du passage de contingents considérables pour maintenir ou pour rétablir l'ordre.

A vrai dire il apparaît que les besoins de l'exercice de la souveraineté du Portugal sont des besoins qui ne peuvent pas s'apprécier objectivement au moment même, qui tout au plus peuvent s'apprécier d'après le résultat ultérieur de la position adoptée. M. Telles avait lui-même l'air de dire du reste qu'en 1953 les mesures prises étaient en elles-mêmes licites, mais que des mesures licites pouvaient cesser de l'être lorsque les événements ultérieurs démontrèrent qu'il en résultait un effondrement de l'exercice de l'administration.

Mais, Messieurs, un droit doit être défini de telle façon que l'on ne doive pas attendre la suite des événements pour savoir quelle était l'interprétation ou la portée ou l'étendue exacte qu'on devait lui donner.

Un droit, bien sûr, M. le professeur Bourquin avait raison de dire qu'il ne doit pas toujours avoir des contours rigoureusement délimités. Encore doit-il contenir un élément déterminable: celui qui doit servir à l'État demandeur, à l'État défendeur et à l'organe qui éventuellement devrait les départager.

Et ce que j'ai dit, Messieurs, en ce qui concerne la deuxième caractéristique du droit revendiqué va paraître comme encore beaucoup plus évident, lorsque demain je vous exposerai les effets juridiques de la troisième.

[Audience publique du 10 octobre 1959, matin]

Au cours de l'audience d'hier, j'ai examiné avec vous quelle était la forme actuellement donnée par les conseils du Portugal au droit qu'ils demandent à la Cour de reconnaître. C'est un droit de transit qui est limité au parcours entre Damão et les deux enclaves de Dadra et Nagar-Aveli ou entre ces deux enclaves. C'est un droit qui, comme volume, est limité aux besoins de l'exercice de la souveraineté du Portugal dans les enclaves. C'est un droit qui est entièrement soumis au pouvoir de réglementation de l'Inde sur le territoire intercalaire, sans que l'Inde doive supporter d'autres limites à cette réglementation que le respect des besoins vitaux de l'exercice de la souveraineté portugaise, et sans que, notamment, elle doive se soucier le moins du monde de reconnaître quelque immunité que ce soit aux personnes, biens, privés ou officiels, armés ou non armés qui useraient de ce droit de passage.

Je me suis efforcé hier de vous montrer que, déjà, le premier de ces éléments — la limitation géographique — présentait quelque chose d'artificiel, tant parce que cela ne correspondait pas aux besoins réels des enclaves que parce que cela ne correspondait pas aux besoins réels du Portugal, notamment en matière de transit, tels qu'ils les avaient libellés encore au mois de juillet 1953.

Je vous ai indiqué ensuite que la limitation du volume était un critère qui était inconciliable avec le fait que tout au long de la procédure on avait réclamé le droit de passage aussi bien pour les personnes privées et les biens que pour les organes officiels et les troupes, alors que, manifestement, le transit des personnes privées et des biens privés était parfaitement indifférent aux besoins de l'administration, tels qu'ils avaient été exposés par M. le professeur Bourquin et que, même en ce qui concerne les forces armées, en réalité, ces besoins pouvaient être appréciés de façon tout à fait différente, supposaient un jugement entièrement subjectif et ne pouvaient pas fournir, ni à l'Inde ni à la Cour ou à quelque

autre organe que ce soit un critère indépendant pour déterminer le contenu de ce droit de passage.

Et aujourd'hui je voudrais, pour commencer, vous démontrer que la troisième caractéristique, cette caractéristique qui subordonne entièrement à la réglementation indienne le droit revendiqué par le Portugal, est également un élément qui a peut-être paru utile pour les besoins de la démonstration du Portugal, mais qui contient une imprécision rendant le prétendu droit absolument incapable de recevoir une consécration judiciaire.

Messieurs, c'est à première vue déjà une chose étonnante et, à mon avis, sans précédent que dans une théorie, dans un système, qui prétend reconnaître un droit de transit, ce droit soit déclaré être entièrement subordonné aux restrictions, conditions, entraves, quelles qu'elles soient, qui seraient imaginées, qu'il plairait, qu'il serait dans les convenances de l'État de passage d'appliquer. Nous connaissons beaucoup de conventions qui consacrent la liberté du transit et toujours les auteurs, le traité lui-même, la jurisprudence, ont considéré qu'il n'y a pas de liberté de transit si elle n'est pas garantie contre les vexations qui peuvent être apportées, soit sous forme de taxations, soit sous forme de déclarations, soit sous forme de contingents ou autrement par l'État à charge duquel le transit est réclamé. En réalité, le droit dont la reconnaissance vous est demandée est un droit qui est essentiellement précaire et aléatoire. Nous avons déjà vu que, légitimement, sans qu'aucun reproche ne puisse lui être fait, s'inspirant de cette limitation, la seule qu'on prétend lui imposer, l'Inde, sur base de cette troisième caractéristique, pourrait discrétionnairement interrompre, arrêter le transit des personnes privées et des biens, puisque manifestement cela est étranger à l'exercice de la souveraineté dans les enclaves.

Nous avons vu que, même en ce qui concerne les troupes, l'Inde pourrait légitimement élever toutes sortes d'objections en ce qui concerne le passage des troupes et considérer donc que, quoi qu'en dise, quoi qu'en pense le Portugal, en réalité, il y a d'autres façons de maintenir l'ordre que de faire un déploiement de forces et que ce qu'elle propose ou ce qu'elle réclame ne pourrait en réalité conduire qu'à envenimer la situation.

Messieurs, il y a une objection plus grave à cette deuxième réduction; c'est qu'il est impossible, il n'est pas au pouvoir du Portugal de réclamer de l'Inde un droit de passage en lui donnant l'assurance que ce droit de passage ne comportera, de sa part, la reconnaissance d'aucune immunité quelconque, parce que, que le Portugal le veuille ou non, certaines des modalités du passage qu'elle réclame comportent, de façon inséparable, la jouissance d'une immunité.

Messieurs, cette question de l'immunité, elle a été, vous vous en souviendrez, assez longuement débattue dans la procédure écrite. Dans le contre-mémoire, au paragraphe 257, l'Inde a développé la thèse que des troupes armées qui sont présentes en temps de paix sur un territoire étranger jouissent nécessairement de plein droit de certaines immunités de juridiction. Et nous avons invoqué, à ce sujet, l'autorité d'un juriste anglais qui avait publié des études dans deux années successives du *British Year Book of International Law*, M. Barton. Le Portugal, dans sa réplique, nous a contredit sommairement au paragraphe 23. Nous avons répondu longuement dans notre duplique, dans les paragraphes 508 et 516, ajoutant de nouvelles autorités doctrinales et jurisprudentielles, et M. le professeur Bourquin a rencontré cette argumentation de

façon sommaire, parce que, suivant lui, la controverse manquait d'intérêt, étant entendu que si même les troupes portugaises usant du droit de passage jouissaient en vertu du droit commun de certaines immunités, le Portugal déclarait officiellement y renoncer, ce qui pour autant que de besoin restituait à l'Inde la plénitude de la compétence de réglementation ainsi qu'il était proposé dans la définition portugaise.

Messieurs, nous allons voir dans un instant que cette renonciation est impossible dans une large mesure, qu'elle ne peut pas être totale, qu'il n'est pas au pouvoir du Portugal de dépouiller ses troupes de leur caractère officiel.

Mais avant de vous démontrer ce point, je crois pouvoir dire que, à première vue déjà, notre contestation est suffisamment sérieuse pour que, contrairement à ce que vous propose M. Bourquin, nous nous attardions un instant à la valeur de cette thèse que nous avons affirmée, que de plein droit, en vertu du droit commun, les troupes de passage jouissent de certaines immunités.

Monsieur le Président, pour écarter l'existence de ces immunités, mon estimé contradicteur a commencé par enfoncer une porte ouverte. Il vous a dit : « il serait inconcevable qu'on se prévale à ce sujet de la convention de La Haye de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre » laquelle contient, comme nous le savons, un chapitre sur l'occupation ennemie, étant donné qu'en l'espèce il n'y a pas de guerre, et qu'il n'y a pas d'ennemis. Mais qui a parlé de cette convention? Cette convention n'a manifestement aucun rapport avec la situation et elle ne contient même, en faveur de l'armée étrangère ennemie, aucune immunité proprement dite. Cette armée n'a que des pouvoirs qui sont limités dans la convention, elle n'a pas de compétences qui s'imposeraient au respect de la population ni de qui que ce soit, et en ce qui concerne les immunités, eh bien, elle peut se les arroger dans la mesure qui lui est permise, mais on peut les lui contester et les combattre tant que l'on veut.

Donc, ne parlons plus de cette convention de 1907 qui a été jetée dans le débat pour se donner la satisfaction de la réfuter aisément.

Pour le surplus, Messieurs, M. Bourquin a été beaucoup plus sommaire. Il s'est attaqué à deux des autorités que nous avons citées. Une autorité doctrinale et une autorité jurisprudentielle. Il nous a dit que, en ce qui concerne M. Barton, il résultait d'un passage qu'il vous a lu que M. Barton, qui admettait l'immunité de juridiction au point de vue disciplinaire seulement et non au point de vue pénal, en faveur de troupes se trouvant sur un territoire étranger, n'envisageait que l'hypothèse de troupes armées étrangères qui se trouvaient sur le territoire à l'invitation de l'État territorial.

Messieurs, cette observation est assez étonnante, car j'avoue ne pas avoir trouvé d'explication, ni en avoir entendu, qui me ferait comprendre pourquoi il y aurait une différence de régime entre des troupes qui répondent à une invitation ou des troupes dont la présence est due à une initiative de leur gouvernement acceptée par l'État sur le territoire duquel elles se trouvent. Pourquoi deux régimes?

Messieurs, j'ajoute que nous avons abondamment, dans des citations, au paragraphe 511 de la duplique, montré que si M. Barton, dans un de ses extraits, avait introduit — on se demande pourquoi — la notion de troupes répondant à l'invitation, c'était vraisemblablement à titre exemplatif et pas comme une condition, car dans d'autres endroits de la même étude on ne voyait pas du tout maintenue cette limitation et

on voyait au contraire adoptée la notion ordinaire du passage de troupes étrangères en temps de paix.

En ce qui concerne l'autorité jurisprudentielle, nous avons invoqué un jugement du *Chief Justice* Marshall, dans l'affaire du *Schooner Exchange*; M. Bourquin a répondu avec quelque dédain que cette décision remontait à 1812 — quelle importance cela a-t-il? Nous connaissons, Messieurs, des décisions plus anciennes dont on fait encore état aujourd'hui. Et en ce qui concerne le *Chief Justice* Marshall, je n'ai pas besoin de vous dire qu'il appartient à ces quelques jurisconsultes anglo-saxons, anciens sans doute, mais dont l'autorité est encore aujourd'hui reconnue, à raison des formules saisissantes avec lesquelles ils ont traduit certains principes de droit des gens.

Au surplus, Messieurs, nous avons cité une autre décision jurisprudentielle: une décision de la Cour suprême de Panama dans une affaire *Schwartzfieger*, décision qui est citée encore aujourd'hui dans des traités de droit des gens, notamment à la page 848 de la 8^{me} édition du *Traité* Oppenheim. Cet arrêt est de 1926. Est-ce que mes adversaires vont considérer qu'il est également trop ancien pour pouvoir être invoqué? On n'en a pas dit mot dans les plaidoiries, de même que l'on n'a pas soufflé mot des autres auteurs que nous avons non seulement mentionnés, mais dont nous avons reproduit les avis, extraits notamment du *Traité* de Oppenheim-Lauterpacht. Pourquoi cette discrétion, pourquoi cette rapidité? Vraisemblablement parce que M. le professeur Bourquin avait une entière confiance dans sa deuxième objection suivant laquelle peu importe que des immunités s'attachent de plein droit à la présence de troupes étrangères sur le territoire, puisqu'il lui suffisait de les jeter par-dessus bord pour alléger son navire et le remettre à flot. Nous allons voir que ce tour de passe-passe ne peut pas être considéré comme valable par la Cour.

Monsieur le Président, je crois pouvoir conclure de ce que je viens de vous exposer que, à moins que M. Bourquin ne nous apporte des objections nouvelles et rencontre notre argumentation, nous pouvons considérer comme admis que, en vertu du droit commun, les troupes étrangères se trouvant en temps de paix sur un territoire y jouissent de certaines immunités, et il importe peu, dès lors, d'aller chercher lesquelles, car cela suffit pour faire échec à ce droit de pouvoir illimité de réglementation que le Portugal paraît vouloir reconnaître à l'Inde comme compatible avec le droit de passage.

Mais comme je vous l'ai dit, tout l'espoir de mes contradicteurs paraît actuellement concentré sur cet expédient qu'ils ont imaginé, qu'après tout l'immunité, c'est une chose à laquelle on peut renoncer! L'argument est ingénieux et il ne leur serait certainement pas difficile d'invoquer une série d'accords particuliers ou de déclarations, suivant lesquels effectivement des États ayant des bases militaires en territoire étranger ont renoncé à une grande partie des immunités de juridiction qui s'y trouvent attachées.

Messieurs, tout d'abord, nous trouvons-nous en présence d'une renonciation? Le mot n'a pas été employé. J'avoue avoir été embarrassé. J'essaie pourtant toujours de donner un maximum de force à l'argumentation de l'adversaire pour être sûr de la rencontrer totalement, et c'est dans le sens d'une renonciation que j'ai cru devoir interpréter la déclaration qui figure au compte rendu sténographique du 22 septembre à la page 323:

« Si donc, contrairement à ce que nous soutenons, le droit commun avait la portée que lui attribue le Gouvernement de l'Inde, nous déclarons sans ambages que nous n'en demanderions pas l'application. »

Je vous avoue, Messieurs, que je ne sais pas ce que la Cour peut penser d'une déclaration faite par un conseil du Portugal qui n'est même pas l'agent du Portugal. Est-ce que c'est un engagement international? Nous savons que, suivant la jurisprudence de la Cour, un ministre des Affaires étrangères a pouvoir de procéder à certaines reconnaissances qui lient son gouvernement, sans être couvert par des autorisations du parlement. Nous nous trouvons ici, il faut le reconnaître, devant une déclaration singulière. On nous dit, si le Portugal a véritablement droit à des immunités pour les troupes qui passent sur le territoire, M. Bourquin, lui, déclare: « on n'en demandera pas l'application ».

Est-ce que la Cour a l'intention d'insérer dans son texte qu'il est entendu, on donne acte au Portugal qu'en aucun cas l'immunité ne pourra être invoquée, et que pour autant que ces troupes fussent en jouir en vertu du droit, il est entendu qu'il y a eu renonciation, vu les conclusions prises en ce sens et signées par M. l'agent du gouvernement?

Prenons donc la renonciation pour ce qu'elle vaut. Je formule une première observation à la Cour. De quand date-t-elle? Elle date d'aujourd'hui ou d'il y a peu de jours. Cela veut dire que c'est à partir de cette renonciation que le droit, exorbitant à notre avis, que le Portugal réclamait se trouverait allégé de ce qui le rendait particulièrement insupportable pour nous: c'était la prétention de se prévaloir du droit de passage en faveur de troupes armées qui, naturellement, jouissaient de l'immunité.

Soulignons qu'en 1954 et en 1953, il n'y avait pas eu de déclaration semblable. Le droit qui existait à cette époque et que l'on vous demande de consacrer dans la première partie n'était pas accompagné de cette modalité de renonciation. Il y aurait donc deux définitions de droit à donner: l'une pour le futur, un droit de passage sans immunités. L'autre, pour le passé: un droit de passage avec immunités, et c'est ce droit de passage avec immunités que nous aurions eu le tort de ne pas vouloir reconnaître, et en ne le reconnaissant pas, nous aurions commis une violation. C'est la première observation. Ce n'est pas la plus importante.

En fait, Messieurs, on s'aperçoit rapidement que sans doute il est possible d'alléger considérablement le volume des immunités que le droit commun attache, accorde à des troupes étrangères, mais qu'il est impossible, rigoureusement impossible, de les en dépouiller totalement.

Quand on admet l'immunité de juridiction, lorsque Barton discute le volume *immunité disciplinaire* ou *immunité à l'égard des juridictions pénales ou même civiles*, qu'est-ce que l'on examine? On examine, Messieurs, le statut individuel de chacun des membres qui composent cette force armée. On se place au point de vue de la juridiction *stricto sensu*, de l'exercice du pouvoir judiciaire local. L'on ne se place pas au point de vue de la compétence *lato sensu*, au sens anglais du mot de la *jurisdiction* de l'État territorial. Et je mets en fait qu'il n'est pas concevable qu'une force armée qui passe sur un territoire étranger puisse être entièrement placée sous l'autorité de l'État de passage et que cette autorité de l'État de passage se substitue à l'autorité dont, originairement, dépend la troupe armée.

C'est, Messieurs, une question de bon sens. Elle est tellement évidente qu'elle n'a jamais été discutée, mais, je vous le demande, supposez qu'un commandant portugais ait été autorisé, avec sa compagnie, à traverser le territoire indien. Il avait un ordre de marche dans cette hypothèse. Est-ce qu'il aurait accepté qu'une autorité indienne se présente à lui et ordonne: «compagnie, halte!»; «compagnie, demi tour à droite! marche!»? Est-ce qu'il aurait accepté que les soldats qui sont sous ses ordres soient retirés de ses ordres et placés sous les ordres d'un officier indien qui aurait modifié entièrement leur consigne? Messieurs, si la troupe avait été attaquée par des nationalistes goanais se trouvant en territoire indien, est-ce que le commandant, qui avait une troupe armée sous ses ordres, aurait hésité un instant à se servir de ses armes?

Messieurs, ce qui est vrai d'une force armée est évidemment vrai aussi d'une force de police ou de détachements de l'armée remplissant des fonctions de police. Je ne demande évidemment comment M. Bourquin a cru pouvoir renforcer son argumentation en faisant une distinction entre une force militaire proprement dite et une force militaire qui remplirait des fonctions de police? Des agents de l'État, en uniforme: ils sont en service lorsqu'ils traversent le territoire indien. Ils sont encadrés; ils remplissent une fonction publique; ce sont des organes officiels et s'il se passe quelque chose, qui sera responsable? Car, enfin, Messieurs, cet officier portugais, par hypothèse, qui a reçu ses instructions au départ, il peut éventuellement y désobéir, il peut perdre la tête. S'il est entouré de manifestants, il peut tirer dedans. Qui sera responsable de la faute commise? Est-ce que ce sera l'Inde sur le territoire duquel les faits se sont passés? Ou est-ce que ce sera l'État portugais?

C'est évidemment l'État sous l'autorité duquel la troupe n'a pas cessé de se trouver.

Et prenons, Messieurs, oublions un instant les circonstances spéciales, prenons un cas normal, le cas habituel des policiers, un, deux policiers qui ont été envoyés, comme cela s'est fait souvent, d'après les annexes. Cela a été toléré par l'Inde. Des policiers ont été envoyés de Damão dans les enclaves. Ils ont procédé à l'arrestation des individus et ils les ont ramenés vers Damão, pour y être jugés. Et ils les ont ramenés, j'imagine, menottes aux poings. Ces individus peuvent être des étrangers. Ces étrangers peuvent, en cours de route, être maltraités par le policier. La responsabilité internationale va être engagée; la responsabilité de qui? La responsabilité de l'État indien qui a toléré ces policiers sur son territoire, ou la responsabilité de l'État portugais? Et si c'est la responsabilité de l'État portugais, ne voyez-vous pas qu'à toute évidence, c'est parce que les policiers sont restés sous son autorité et qu'ils ont donc, sur territoire indien, continué à représenter la puissance publique du Portugal, et qu'il est donc inconcevable que l'on puisse leur refuser le bénéfice de l'immunité, c'est-à-dire que l'on puisse demander à la Cour de dire pour droit que l'État portugais peut, dans la mesure des besoins de son administration, envoyer librement des policiers vers les enclaves, mais que bien entendu, ces policiers, brusquement, vont être fictivement déshabillés de leur uniforme, que les soldats seront éventuellement fictivement démilitarisés, qu'on les assimilera extraordinairement à des personnes privées? Mais que dirait, Messieurs les Juges, n'importe lequel des gouvernements des États dont vous êtes ressortissants, s'il plaisait au commandant d'un navire de guerre de se présenter devant un port, un port qui, éventuellement, ne serait pas accessible aux navires de guerre

étrangers, et de déclarer que son navire ne peut être traité comme navire de guerre, parce qu'il ne se réclamera pas des immunités: « Dans ces conditions — dirait-il — vous voudrez bien m'autoriser à être traité comme un navire marchand et je pénétrerai dans votre port comme un navire marchand. J'use du droit de fréquentation leur appartenant, car ma décision libre de renoncer aux immunités va vous interdire de prendre en considération les apparences de force publique et de puissance publique que, apparemment, l'on devrait me reconnaître »?

Ainsi, Monsieur le Président, je suis arrivé à la conclusion, à la conviction qu'il y a un minimum d'immunité inséparable des organes officiels d'un État étranger pour lesquels on réclame le passage et qu'elle tient à leur essence.

Au surplus, Messieurs, je ne suis pas le seul à partager cette conviction. Et j'ai eu l'agréable surprise d'entendre M. le doyen Telles déclarer, à l'audience du vendredi 25 septembre, après-midi (cela occupe la page 399 de ses conclusions), que:

« ... dans certains cas l'immunité fait partie de la substance même du droit de transit »; c'est fort bien dit. « Elle représente — a-t-il dit — un aspect ou un attribut de ce droit. C'est ce qui arrive quand le droit de transit se traduit par une prérogative souveraine relativement au territoire traversé. L'État auquel ce territoire appartient subit alors un démembrement de sa souveraineté et une parcelle de celle-ci est transférée à l'autre État, qui, dans son exercice, et donc exempté d'obéir à la souveraineté locale, fait circuler personnes et choses. Cette exemption ou immunité résulte du fait même qu'il pratique le transit comme souverain: qui agit comme souverain ne peut être assujéti à une souveraineté étrangère. »

M. le doyen Telles continue:

« Dans d'autres cas, le droit de transit ne se traduit pas par une prérogative souveraine. Il laisse intacte la souveraineté locale. L'État par le territoire duquel le transit s'effectue n'a que l'obligation de le rendre possible sans retranchement de sa compétence territoriale.

Dans cette dernière hypothèse, que nous savons être celle de notre droit, le passage des personnes et des choses ne représentant pas une manifestation de souveraineté, se trouve, par cela même, assujéti à la souveraineté de l'État local qui le soumet à sa réglementation. Il s'agit d'un droit de passage sans immunité puisque non soustrait à cette réglementation. »

Ainsi, Monsieur le Président, M. le doyen Telles a très bien vu que, dans certains cas, l'immunité tient à la substance même du droit de transit et que tel est le cas lorsque celui-ci se traduit par une prérogative souveraine. Mais il ne nous explique pas — et j'avoue ne pas parvenir à comprendre — pourquoi il en serait ainsi en général et pourquoi il n'en serait pas ainsi quand il s'agit de troupes portugaises qui traversent le territoire indien en uniforme et armées. Comme nous l'avons vu, les policiers qui ramènent des prisonniers, qui exercent de la contrainte sur le territoire indien, la troupe encadrée qui, ayant reçu un ordre, traverse le territoire indien, les soldats étant sous l'autorité exclusive de l'officier qui les commande et cet officier lui-même sous l'autorité exclusive et la responsabilité de l'État qui l'a envoyé, exercent une prérogative souveraine. Et alors, par quelle inconséquence, par quelle aberration les

conseils portugais, qui ont entrevu la vérité, ferment-ils leurs yeux lorsqu'il s'agit d'en faire application au droit de passage qu'ils revendiquent?

Je crois donc, Messieurs, pouvoir dire que la troisième caractéristique, cette caractéristique qui consiste à reconnaître à l'Inde un pouvoir de réglementation absolue, n'ayant d'autre limite que le respect des besoins essentiels du Portugal et ne devant, en aucune façon, s'arrêter à la reconnaissance d'*immunités* quelconques, c'est une chose qu'il vous est impossible de reconnaître, parce que vous ne pouvez pas nier l'évidence et vous ne pouvez pas nier le caractère d'organe d'autorité qui s'attache à ces forces armées.

Messieurs, j'ai une troisième critique à relever dans cette définition du droit qui vous est proposée. C'est une critique qui, cette fois, ne tient pas aux mutilations qui ont été apportées à la définition originale du droit mais qui entache déjà le droit tel qu'il est défini dans la réplique et dans le mémoire; c'est que cette définition est manifestement incomplète; c'est que l'on escamote un aspect essentiel de ce droit de passage car, enfin, il est assez énorme de se placer exclusivement au point de vue de l'intérêt vital du Portugal. Il y a un autre État qui est en cause, c'est l'Inde. L'Inde aussi a des intérêts; il peut y avoir un conflit entre ces deux intérêts. Et l'on se demande pourquoi nécessairement il y aurait subordination de l'Inde à cet intérêt portugais.

Et pourtant, si vous lisez les huit pages dans lesquelles vous devez découvrir la définition du droit dont on vous demande la reconnaissance *in abstracto*, le premier chapitre des conclusions, vous n'y trouverez pas un mot de l'intérêt indien ou des objections que l'Inde peut faire. Mais, par une extraordinaire inconséquence, ce que l'on a volontairement omis de la définition du droit que l'on propose à la Cour, on le voit réapparaître dans la partie III des conclusions.

Déjà, Messieurs, au paragraphe 388 de la réplique (tout à la fin de la réplique), on avait admis que s'il apparaissait que l'exercice du droit de passage se heurtait à des intérêts indiens de maintien de l'ordre public, on pourrait admettre et justifier la suspension, même, donc, dans l'hypothèse, Messieurs, où il y aurait un besoin vital pour le Portugal. Voilà une heureuse nouvelle: l'intérêt de l'Inde peut être pris en considération. Il peut faire échec au droit de passage. Mais où voyez-vous cela dans la définition de ce droit? On vous demande, comme je vous l'ai dit hier, on vous demande de commencer par définir un droit abstrait qu'ignore l'Inde, de dire « l'Inde l'a violé » et puis après coup, on dit: « mais, s'il y a des objections relatives à l'intérêt de l'ordre public indien, le droit ne joue pas, puisqu'il n'est pas évident qu'il faut mettre cela dans la définition ».

Lorsque dans les déclarations et conventions des Droits de l'Homme, nous définissons le droit de l'homme à la vie et le devoir de l'État de respecter le droit à la vie des individus, eh bien, Messieurs, nous accompagnons cette disposition de certaines restrictions dans lesquelles l'État, exceptionnellement, pourra ne pas respecter le droit de l'homme à la vie, notamment pour les besoins de la défense nationale, notamment si l'homme s'est rendu coupable d'une infraction méritant la peine capitale. Si demain l'inculpé Podola, qui a été condamné à mort, est exécuté en Angleterre pour avoir tué un policeman, il ne viendra à l'idée de personne, d'aucun gouvernement, d'attirer l'Angleterre devant la cour européenne des Droits de l'Homme pour déclarer qu'elle a violé ses obligations de

respect, car, bien entendu, dans la définition de l'obligation, l'on a prévu les cas d'exception; où est ici l'exception?

Messieurs, en cours de plaidoirie, on a esquissé une touchante théorie. On a suggéré à la Cour de peser les intérêts, celui de l'intérêt vital du Portugal. Et puis, les intérêts de l'Inde, et à part les objections résultant de la nécessité du maintien de son ordre public, devant lequel, assez contradictoirement, l'on s'incline, l'on vous a dit: « pour le surplus, les autres objections de l'Inde, ce sont des objections mineures; vous devez considérer qu'il y a une moindre gêne pour l'Inde à laisser passer sur son territoire qu'il n'y a d'avantage, pour le Portugal, à obtenir ce qui lui est indispensable et, dans ces conditions, en bonne justice, vous devez faire pencher la balance du côté du Portugal, puisque c'est son intérêt qui domine ».

Je le reconnais, Messieurs, c'est, sur le plan moral, très sympathique; mais sur le plan du droit positif, c'est inexistant.

Nous connaissons tous ce cas difficile de l'individu qui meurt de faim et qui vole un pain. Les bons juges l'acquittent. Mais, à ma connaissance, il n'existe pas encore de bons juges suffisamment audacieux pour condamner le riche boulanger ou propriétaire qui aura refusé le pain à l'homme qui meurt de faim à sa porte.

Et, Messieurs, en ce qui concerne le droit des gens, nous sommes dans une situation semblable. C'est un très noble principe de coopération internationale que celui qui demande aux États puissants et riches, ceux que l'on appelait autrefois les « *haves* », de se dépouiller d'une partie de leurs biens et de consentir gratuitement des concessions en faveur des « *have nots* » — d'États non développés ou d'États qui se trouvent dans une situation malheureuse. Mais, jusqu'ici, ce principe de coopération internationale n'a pas été traduit dans une forme juridique. J'attends, Messieurs, c'est une proposition intéressante, j'attends avec curiosité que dans leurs conclusions tout à fait finales, utilisant ce pouvoir de les compléter et corriger qui a été réclamé par nos adversaires, ils veuillent bien proposer à la Cour cet addendum introduit dans la définition de leurs droits et qui consacrerait l'obligation pour l'Inde de faire céder ses intérêts chaque fois qu'elle se trouvera en présence d'un intérêt du Portugal plus considérable.

Voilà, Messieurs, ce que j'avais à vous dire quant à notre premier grief contre le droit libellé par le Portugal, ce grief d'imprécision, d'inconsistance et de contradiction.

Je me résume.

Le Portugal demande à la Cour de lui reconnaître un droit de passage portant sur les personnes privées, les biens, les organes officiels, les troupes militaires dans les limites requises par les besoins de la souveraineté portugaise; nous avons vu que cela n'est pas possible, parce que les besoins de l'exercice de la souveraineté portugaise ne peuvent se traduire en droit de passage pour aucune personne privée et pour aucun bien privé, pour aucun bien, autres que ceux qui sont destinés aux agents de l'autorité; que cela n'est pas un critère acceptable parce que, même au point de vue militaire, les besoins de la sécurité sont incontrôlables, que l'on peut tout au plus les apprécier après coup, lorsque l'on voit les résultats d'un refus éventuel, et même après coup, l'on peut encore se demander s'il y a une relation de cause à effet et si le résultat, le cours des événements aurait été différent, s'il avait été donné satisfaction à la demande de passage de troupes armées.

Le Portugal demande à la Cour de lui reconnaître un droit de passage soumis aux restrictions et entraves que l'Inde pourrait y apporter, sans reconnaissance d'aucune immunité pour le Portugal et sans autres limites que les besoins de l'administration. Je vous ai dit, Messieurs, que cela n'était pas possible parce que, tout d'abord, cela était subordonné à une sorte de condition potestative pure permettant à l'Inde de rendre ce droit de transit à peu près impraticable et surtout parce que, en ce qui concerne les immunités, il y avait un noyau irréductible d'immunités qui, nécessairement, s'attachaient à l'exercice de la puissance publique par des agents en uniforme et en armes sur le territoire de l'Inde et qu'il y avait donc contradiction entre cette définition, cet élément de la définition et l'existence de cette immunité.

Et enfin, Messieurs, je constate que dans sa définition le Portugal demande à la Cour de lui reconnaître un droit de passage sans égard aux objections d'ordre indien, du moment que cela est indispensable pour l'exercice de la souveraineté portugaise, et nous avons constaté que, se contredisant dans la suite des conclusions, le Portugal lui-même vient à reconnaître que, dans des circonstances spéciales, le droit n'existe pas. Eh bien, Messieurs, il va de soi que si, dans des circonstances spéciales, le droit n'existe pas, je devrais dans la définition trouver pour quelle raison ce droit n'existe pas dans des circonstances spéciales, et que la définition proposée ne contient pas cette indication, doit de ce chef être réputée totalement inacceptable, et doit être rejetée comme non sérieuse.

Monsieur le Président, j'ai ainsi terminé la deuxième partie de la tâche qui m'est assignée. Je vous ai montré quel était le contenu du droit revendiqué et, dans une deuxième partie, j'ai fait la critique de son imprécision. J'aborde maintenant la troisième partie de mon exposé, et la plus importante, qui constitue le premier chapitre de la discussion des titres généraux invoqués par le Portugal à l'appui de ses prétentions.

Il va de soi que si ce que je vous ai dit de la difformité de ce droit, de la non-viabilité de ce droit est réel, il sera impossible de démontrer qu'une telle monstruosité trouve sa source dans les principes généraux de droit, dans la coutume ou dans des titres particuliers. Cela vous sera confirmé, je pense, abondamment par l'examen que je vais en faire.

La partie qui m'a été assignée est limitée à la discussion des principes généraux de droit des gens tels qu'ils sont compris par le Portugal, ou plus exactement d'une partie d'entre eux. Mais avant cela je dois tout de même rappeler à la Cour qu'aux termes de l'article 38 de son Statut, les sources comprennent les conventions internationales soit générales, soit spéciales établissant des règles expressément reconnues par les États en litige, la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Et la première question qui s'est posée à nous, comme elle se sera posée à vous, est évidemment de savoir : est-ce que, en ce qui concerne la première source, le Portugal prétend ou non en faire application? A première vue la réponse est négative.

M. le doyen Telles, dans son introduction, à la première audience, suivant l'énumération qu'il a faite et qui figure à la page 295 du compte rendu, ne mentionne pas les traités généraux parmi les sources qu'il invoque.

M. le professeur Bourquin pas davantage, dans l'exposé qu'il a fait en date du 30 septembre, suivant ce qui est dit à la page 585 du compte rendu sténographique.

Mais nous, nous avons fait état dans notre duplique, au paragraphe 544, de dispositions figurant dans la convention de Genève de 1958 sur la haute mer, suivant laquelle les États enclavés qui n'ont pas de côte maritime devaient recevoir un libre accès à la mer, mais suivant laquelle également les modalités de ce libre accès devaient faire l'objet d'accords particuliers.

Messieurs, sans doute les États enclavés ne sont pas des enclaves au sens où le Portugal les comprend dans le présent procès. Mais si nous avons invoqué cette convention, c'est parce que nous y constatons que même *de lege ferenda* la reconnaissance officielle par les États de la nécessité où se trouvaient les États enclavés d'avoir des communications avec la mer ne suffisait pas pour donner naissance à un droit, et que les modalités de ce droit éventuel posaient tant de questions qu'il était impossible de les résoudre dans une disposition générale applicable à toutes.

Tout en reconnaissant le droit souhaitable d'une réglementation, la légitimité de leur revendication, la conférence a renoncé à légiférer en leur faveur, car les États enclavés sont entourés de plusieurs États. Quel est celui d'entre eux qui va éventuellement supporter la servitude de passage, ou suivant quelles modalités? Tout cela, Messieurs, a été renvoyé à des accords particuliers. Ce fut, je crois, raisonnable, parce qu'il n'est pas toujours possible de réduire à des formules abstraites et générales des situations qui présentent des éléments trop différents.

Messieurs, l'argument a été invoqué dans la duplique au seuil de nos considérations sur les titres généraux. Il n'a pas eu l'honneur d'une réponse dans les plaidoiries de nos adversaires. Par contre, M. le doyen Telles est revenu assez longuement, à l'audience du 29 septembre, et cela occupe les pages 444 et 445 du compte rendu sténographique, sur les négociations relatives à une autre convention générale à laquelle au moins un des membres de ce siège de la Cour a participé, la convention sur la liberté de transit de Barcelone de 1921. Et sur les négociations relatives à cette convention, M. Telles a déclaré ce qui suit :

« ... les travaux préparatoires [de cette convention] sont ... fort élocutifs; et en particulier ceux concernant l'article 14 du statut sur la liberté de transit établi par cette conférence, conformément à ce qui est dit aux paragraphes 227 à 235 de la réplique, et sur quoi j'attire respectueusement l'attention de la Cour. Il en ressort notamment qu'il existait un transit avec nos enclaves de l'Indoustan; que seules des difficultés d'ordre administratif firent exclure ces enclaves, comme d'autres, des dispositions du statut, mais sans préjudice du respect dû, dans la mesure du possible, aux principes du statut et sans préjudice des facilités de transit et de communications; » (et cela se trouve souligné dans le compte rendu sténographique, ce qui est assez piquant, car en principe un compte rendu sténographique ne souligne pas, mais cela provient manifestement du texte communiqué).

Et puis alors, M. le doyen Telles continue :

« il en ressort aussi que l'Inde ne se proposait, en aucune façon, d'empêcher, ni même d'entraver ce transit, mais au contraire qu'elle s'engageait expressément et solennellement à le faciliter ».

Je vous avoue, Messieurs, qu'en entendant M. Telles j'ai été impressionné et je me suis dit: il faudra que je revoie ces procès-verbaux, cet

engagement exprès et solennel relativement aux enclaves, c'est une chose ennuyeuse! Mais la vérification ne m'en a pas montré trace. Et nous allons voir, dans un instant, de quelle façon l'on a véritablement sollicité la portée d'une déclaration qui a été faite par le délégué de l'Inde et qui n'a pas du tout la valeur d'un engagement exprès et solennel, il s'en faut.

Rappelons d'abord, Messieurs, de quoi il s'agit dans cette convention de 1921. Il s'agit de transit. De transit de quoi? Bien entendu, Messieurs, exclusivement de transit de personnes, bagages, marchandises, navires, bateaux, voitures, wagons, autres instruments de transport. Jamais il n'est venu à l'idée de personne de traiter du transit de troupes armées, et je crois que mes estimés contradicteurs seront d'accord pour dire qu'il n'en est pas question et que dans ces conditions, à supposer que l'Inde eût eu l'imprudience de prendre ainsi gratuitement et unilatéralement un engagement en ce qui concerne ces territoires enclavés, cela ne viserait qu'une toute petite partie du droit que l'on vous demande de reconnaître en bloc aujourd'hui.

Messieurs, d'après l'article 2, les États contractants s'engagent à faciliter le libre transit et d'après l'article 3, comme corollaire, les transports en transit ne seront soumis à aucun droit ou taxe spéciaux à raison de leur transit. Une autre disposition prévoit qu'il peut être dérogé au traité par des mesures particulières ou générales que chacun des États contractants serait obligé de prendre en cas d'événements graves, intéressant la sûreté de l'État ou les intérêts vitaux du pays. Vous voyez, Messieurs, que même en ce qui concerne les transits de marchandises, il y a une clause de sauvegarde tout à fait générale, conçue en termes très larges de sûreté de l'État ou intérêts vitaux du pays.

Et alors, Messieurs, il y a la disposition de l'article 14 qui est relative aux territoires enclavés, et qui est la suivante :

« Étant donné qu'il existe à l'intérieur ou sur leur frontière même des territoires de certains États contractants des zones ou enclaves d'une étendue et d'une population très faibles par rapport à celle desdits territoires et qui forment des parties détachées de ceux-ci, ou des établissements appartenant à d'autres métropoles, et que d'autre part il est impossible, pour des raisons administratives, d'appliquer les dispositions du présent Statut auxdites zones ou enclaves, il est convenu que ces dispositions ne s'y appliqueront pas. Il en sera de même lorsqu'une colonie ou dépendance possède une frontière particulièrement longue par rapport à sa superficie qui rend en fait impossible la surveillance de la douane et de la police. Toutefois, les États intéressés appliqueront dans les cas visés ci-dessus un régime qui, dans la mesure du possible, respectera les principes du présent Statut et qui facilitera le transit et les communications. »

Donc, Messieurs, en ce qui concerne les territoires enclavés, la convention ne s'applique pas, tout au moins dans sa plus grande partie, et notamment elle ne s'applique pas en ce qui concerne l'exemption de taxes du chef de transit. Et les raisons nous en sont données dans un rapport qui a été fait par le délégué italien et dont j'extrais ce qui suit. C'est à la page 187 du volume de compte rendu de la conférence :

« La sous-commission, après avoir entendu les explications données par la délégation des Indes en ce qui concerne les établissements

français et portugais dans les Indes [il s'agit bien entendu de la délégation britannique ou en tout cas du *dominion* de l'Inde qui était à l'époque administré par les Britanniques], après avoir étudié la carte, a estimé que les importantes difficultés administratives que causerait l'application de la convention justifiait une exception. Les huit établissements, cinq français et trois portugais, sont à la fois en ce qui concerne l'étendue du territoire et la population, très petits par rapport aux Indes. L'étendue totale des établissements n'est que 1752 *miles* carrés et la population 843.325 habitants. L'étendue des Indes est de 1.773.000 *miles* carrés, la population en 1911 de 315 millions d'habitants. Le plus grand établissement est Goa qui a une étendue de 1.469 *miles* carrés et une population de 515.000 habitants. Et dans ce cas la délégation portugaise est d'accord pour estimer que les conditions du 1^{er} paragraphe de l'article proposé sont remplies. De plus les conditions géographiques de quelques-uns des établissements sont remarquables par ce fait qu'ils ne sont pas d'un seul tenant, qu'ils sont constitués par des parcelles divisées et entourées par les possessions britanniques des Indes. Dans des cas semblables, ainsi que les cas d'enclaves d'un seul tenant, si les stipulations de la convention étaient strictement appliquées, il en résulterait une très importante contrebande, et en conséquence le Gouvernement des Indes serait forcé, afin de protéger ses finances, d'entourer chaque établissement par un cordon douanier très sévère. Sans compter que le Gouvernement des Indes serait alors obligé à des dépenses et amené à des difficultés inutiles, les mesures prises n'auraient probablement aucune efficacité et nul bénéfice n'en résulterait pour les établissements. »

Ces messieurs déclarent donc que dans ces conditions l'on va exempter les territoires enclavés de la disposition et c'est alors qu'en séance plénière le délégué de l'Inde, sir Louis Kershaw, fait la déclaration suivante (page 190 de mon texte) :

« Je tiens à spécifier qu'en acceptant cet article la délégation de l'Inde estime qu'il est bien entendu, et cette question a été exposée à la sous-commission, que l'on peut percevoir des droits de douane sur les marchandises arrivant aux Indes britanniques et qu'on peut surveiller la contrebande, il n'y a nulle intention de restreindre ou de mettre obstacle au commerce légitime avec les établissements. Comme je l'ai expliqué à la conférence et à la sous-commission, les difficultés que nous essayons de tourner sont essentiellement de nature administrative. »

Ainsi, Messieurs, le délégué de l'Inde se borne à dire que l'on ne va pas profiter de cette exemption pour modifier le régime, qu'ils n'ont pas d'intention dans ce domaine. C'est de cette déclaration reproduite dans la réplique que celle-ci déjà a cru conclure : l'Inde ne se proposait en aucune façon d'empêcher, ni même d'entraver ce transit mais bien mieux, elle s'engageait solennellement à faire le contraire. Cela, Messieurs, c'est une addition manifeste au texte. Il n'y a pas trace d'engagement dans le texte que je viens de vous lire et qui est le seul qui soit reproduit. Cependant, prenant pour authentique l'interprétation contenue dans la réplique, M. le doyen Telles a cru sans doute que véritablement l'engagement se trouvait dans le texte du compte rendu analytique. C'est un

vrai phénomène d'autosuggestion. Nous avons vu que même si pareil engagement avait été pris il n'aurait au pis aller qu'une valeur extrêmement réduite et partielle, mais aujourd'hui nous constatons qu'en réalité la déclaration faite n'a même pas du tout cette portée, qu'il s'agit d'une simple déclaration d'intention, en sorte que la convention de Barcelone, loin de pouvoir être invoquée par nos adversaires, n'apporte qu'un argument de plus à la thèse indienne.

[*Audience publique du 12 octobre 1959, matin*]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à l'audience de samedi matin j'ai abordé la troisième partie de la tâche qui m'incombe, à savoir : l'examen des principes généraux du droit invoqués par nos éminents contradicteurs à l'appui de la revendication par le Portugal d'un droit de passage vers ses enclaves et d'une enclave à l'autre.

Il semble que nos adversaires attachent la plus haute importance à cet aspect de leur thèse.

À l'audience du 30 septembre, le professeur Bourquin a dit :

« Me sera-t-il permis de commencer cet exposé en rappelant à la Cour l'importance que le droit international général revêt dans notre argumentation ? Il en constitue la base essentielle. Comme M. le doyen Telles l'a dit avec raison, les titres particuliers que nous faisons valoir reposent, en dernière analyse, sur les règles générales. Ils n'en sont qu'une application, qu'une manifestation concrète. »

Puisque M. Bourquin s'est référé à ce qu'avait dit M. Telles, il nous faut relire la partie de la plaidoirie de ce dernier, où il indique à quelle source du droit international général le Portugal attache cette importance déterminante.

À la première audience (p. 296 du compte rendu), le professeur Telles a dit :

« Il faut signaler encore d'autres principes, inhérents à la structure même de l'ordre juridique international, qui aboutissent au même résultat ; parmi eux, il faut mettre en relief ceux contenus dans la notion de souveraineté. Le respect de la souveraineté d'un État sur ses propres territoires, quand ils sont enclavés dans un autre État, impose indubitablement à ce dernier l'obligation d'en rendre possible l'accès. Sans cet accès, le titulaire de la souveraineté sur les enclaves ne pourrait l'y exercer. »

Et, après encore quelques développements sur cette notion de souveraineté, il concluait :

« Les autres sources qui consacrent notre droit d'accès à ces territoires ne sont autre chose que le reflet, que l'application de ces principes généraux.

Tel est le cas, toujours dans le plan du droit international, de la coutume générale... »

Ce qui fait, Messieurs, que la pensée de mes adversaires est bien claire : c'est dans les principes généraux, plus exactement dans les principes généraux compris d'une façon particulière, ceux inhérents à l'ordre juridique international, qu'ils trouvent « la base » — je dirais volontiers

« la clé » — pour l'interprétation de toutes les autres sources. Ce n'est que parce qu'ils sont partis de cette idée *a priori* de l'existence en leur faveur de certains principes généraux de l'ordre international qu'il leur a été possible de déduire des pauvres éléments qui figurent à leur dossier sous la dénomination : coutumes générales, principes généraux, compris *foro domestico*, coutumes locales, accords particuliers — qu'ils vont s'efforcer d'y découvrir — l'expression, la confirmation de cet axiome ou de ce postulat placé au seuil de leur démonstration.

Or ma surprise a été grande, après avoir entendu ainsi vanter l'importance que revêtait cette notion, de constater qu'on n'y avait accordé que très peu de place dans l'exposé qui vous avait été fait. Sans doute la place d'honneur : elle est au seuil de tout le développement juridique, mais une place si mince : cela a pris à peu près dix minutes de plaidoirie sur les vingt-cinq audiences ; cela occupe sur les six cents pages du compte rendu sténographique une dizaine de pages, les pages 487 à 493 (compte rendu sténographique du 30 septembre).

Je vais, Messieurs, m'y attarder un tout petit peu plus longtemps et je voudrais tout d'abord formuler à nouveau devant la Cour cette objection qui figure déjà dans notre procédure écrite. Une première question se pose. A quel titre est-ce que nos adversaires demandent à la Cour de faire état et de prendre en considération des principes de droit international ?

Dans cet article 38 du Statut de la Cour dont j'ai donné lecture au cours de la dernière audience — et c'était sans doute bien superflu, car c'est de tous les articles celui dont la Cour fait le plus fréquemment application et auquel elle se réfère le plus volontiers —, dans cet article nous voyons énoncé, parmi les sources, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Et, Messieurs, la doctrine — à ma connaissance, presque unanimement — considère que ces principes fondamentaux sont des principes qui sont reconnus par elles dans l'ordre interne.

Je ne vais pas, Messieurs, reprendre sur ce point les longs développements qui ont été donnés dans la procédure écrite et notamment dans notre duplique. Je voudrais simplement exprimer ma surprise de constater que nos adversaires ont cité Sørensen, ce jeune écrivain danois de valeur, comme étant favorable à leur thèse. Ils en ont cité à ce sujet, dans la réplique, le texte suivant.

Ce sont — dit Sørensen en parlant des principes du droit international, et c'est au paragraphe 33^s de la réplique que je vois cette citation :

« Ce sont, dit justement Sørensen, des principes « inhérents au système juridique international tel que nous le connaissons à l'époque contemporaine. » « Sans eux ... la structure de la communauté internationale serait radicalement changée, et historiquement ils ont donc fait partie du droit international dès le début de l'ordre juridique international sous sa forme moderne. »

Et, Messieurs, quand on recherche ce texte dans Sørensen, on trouve qu'il est précédé de la réserve suivante (p. 117 de son ouvrage) :

« Bien qu'il soit possible de démontrer leur acceptation dans la pratique et la conviction juridique des États et, partant, de fournir la preuve qui suffit à l'établissement d'une coutume internationale, ils se distinguent des principes traités dans le paragraphe précédent

en ce qu'ils sont inhérents au système juridique international tel que nous le connaissons à l'époque contemporaine. »

Ainsi, s'il est vrai que Sørensen distingue deux catégories de principes de droit international: ceux qui sont d'origine coutumière et ceux qui sont fondamentaux de la structure du droit international, il constate que les deuxièmes, bien qu'ils n'aient pas une « origine coutumière », trouvent néanmoins dans la pratique et la conviction juridique des États la preuve qu'ils relèvent, qu'ils sont consacrés aussi par la coutume internationale. Et c'est pour cette raison — et pour cette raison seule — que Sørensen considère qu'il est possible d'en faire application, alors que de façon très nette il démontre qu'en réalité, en ce qui concerne l'interprétation de l'article 38, paragraphe *c*), il est tout à fait impossible de lui donner une autre interprétation que celle qui les rattache au droit interne.

C'est, Messieurs, à la page 112 de son traité qu'il s'occupe de cette question.

« L'alinéa 38 (3) — y lit-on — ne comprend que les principes fondés dans les ordres juridiques internes, mais applicables aussi en raison de leur généralité dans les rapports réciproques des États. »

Donc, en ce qui concerne les principes de droit international, c'est uniquement dans la mesure où ils sont confirmés par l'ordre coutumier qu'on peut en faire application.

Messieurs, que nous répond-on aujourd'hui dans les plaidoiries que nous avons entendues? On nous dit que la Cour ne s'est pas prononcée sur le sens de l'article 38, paragraphe 3. On nous dit qu'elle fait couramment application de principes de droit international. Et, enfin, on nous dit, et la troisième objection est à première vue la plus impressionnante, on nous dit que notre discussion est purement académique, puisque nous ne contestons pas que la coutume confirme le principe de souveraineté territoriale invoqué contre nous.

Voyons, Messieurs, ces trois objections. Il est très vrai que la Cour ne s'est pas prononcée sur la portée de l'article 38, paragraphe 3. Il est très vrai qu'elle ne s'est pas prononcée *directement* sur le sens à attacher à ces mots « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Mais, *indirectement*, la Cour s'est prononcée dans un arrêt célèbre, l'arrêt relatif à l'*Affaire du Lotus*, car elle y a défini le sens qu'il faut attribuer aux mots « principes de droit international » qui figuraient dans le traité de Lausanne. Et la Cour a dit à ce sujet, à la page 16 de l'arrêt n° 10, interprétant le renvoi à cette notion figurant dans le traité de Lausanne,

« ... que le sens des mots « principes du droit international » ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international *tel qu'il est en vigueur* entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale ».

Tel qu'il est en vigueur, c'est-à-dire pour autant que l'existence peut en être vérifiée par l'examen de la coutume internationale. Si telle est la portée que suivant l'usage général la Cour donne à la notion « principes de droit international », il faut considérer que dans les très nombreux cas où la Cour a fait application des principes de droit international — ce que nous ne contestons pas — sans attacher une étiquette particulière, elle l'a fait dans la conviction que quelle que soit l'origine historique des principes qu'elle formulait, ces principes trouvaient une solide

confirmation dans le droit positif tel qu'il était révélé par la coutume internationale.

Dans ces limites, Messieurs, je reconnais volontiers que ces principes jouent un rôle utile, et il est d'autant moins critiquable dans la pensée des conseils de l'Inde de s'en servir que, comme vous le verrez tantôt, nous considérons que ces principes jouent entièrement en faveur de la thèse indienne.

Messieurs, M. le professeur Bourquin nous a finalement objecté — et comme je vous le disais, l'objection, à première vue, permettrait à la Cour de passer entièrement sous silence cette question que je viens de poser sur l'interprétation de l'article 38, paragraphe 3 —, M. Bourquin nous a dit : « je relève qu'en ce qui concerne le respect de la souveraineté territoriale, vous ne contestez pas la validité du principe; sans doute y voyez-vous une règle coutumière, tandis que pour nous c'est un principe général de droit au sens de l'article 38; cela n'a aucune importance, puisque nous sommes les uns et les autres d'accord pour dire que la Cour peut en faire application ».

Oui, Messieurs, nous sommes d'accord que la Cour peut en faire application, mais pas suivant le processus proposé par le Portugal. Nous sommes d'accord que la Cour en fasse application dans la mesure où les principes que l'on invoque sont confirmés par la coutume générale. Mais quel est le procédé employé par nos adversaires?

Le Portugal reconnaît qu'il n'y a pas de principe de droit international consacrant le droit de passage qu'il réclame, mais après avoir affirmé les devoirs de respect de la souveraineté comme « principes de droit international », sans autre base, suivant nous, que la coutume générale, après avoir construit ainsi par induction un principe, il redescend par déduction et en tire un corollaire qui, lui, ne figure pas dans la coutume générale, du moins suivant les conseils de l'Inde. Il paraît clair que si notre interprétation des principes de droit international est exacte, le principe déduit ne peut être accepté par la Cour comme ayant une valeur que dans la mesure où il est confirmé par la coutume générale. Et il est dès lors extrêmement important de savoir à quel titre la Cour peut accepter le principe de souveraineté territoriale, si c'est à titre de principe, dégagé, confirmé par la coutume générale, ce que nous acceptons pleinement, ou si c'est comme une espèce d'axiome, de donnée première du droit international dont il lui est possible de déduire des règles secondaires, étrangères à la coutume.

À la lueur de cette observation préliminaire, j'examine maintenant les principes généraux de droit dont on invoque l'autorité en faveur du droit de passage.

Le premier, et à vrai dire le seul qui fut mentionné dans la procédure écrite, était le principe de la souveraineté territoriale des États et du respect qui leur est dû par les autres États. Nous sommes, Messieurs, bien entendu, tout à fait d'accord sur l'existence de ces principes, sur leur autorité. Nous ne contestons pas qu'un État ait la souveraineté sur son territoire. C'est même, en réalité, la portée juridique du territoire, c'est de définir l'espace dans lequel s'exerce la souveraineté. Nous ne contestons pas davantage le commentaire que M. le professeur Bourquin donne de la souveraineté territoriale à la page 488 du compte rendu sténographique du 30 septembre : « chacun des États se voit attribuer un certain territoire, une certaine portion de l'espace à l'intérieur de laquelle il est seul compétent, en principe, pour remplir

les fonctions étatiques ». Et que cette souveraineté territoriale doive être respectée, cela va de soi. Mais voyons quel est le raisonnement que, sur base de cette souveraineté territoriale, le Portugal va construire en vue de démontrer l'existence de son droit de passage.

Ce raisonnement peut, je crois, s'exprimer le plus clairement sous forme d'un syllogisme dont la majeure est la suivante: l'Inde doit respecter la souveraineté territoriale du Portugal sur ses enclaves, et à cette majeure, tout au moins en ce qui concerne le passé, nous n'avons rien à objecter. La mineure est la suivante: la souveraineté territoriale du Portugal sur les enclaves ne pouvait s'exercer sans droit de passage sur le territoire indien. Et la conclusion qui paraît s'imposer si vous acceptiez la mineure, c'est que l'Inde devait, dans ces conditions, respecter le droit de passage du Portugal sur le territoire indien.

Messieurs, ma critique sera, je crois, aussi claire que le syllogisme auquel elle s'applique. Nous critiquons la mineure et la conclusion parce qu'elles contiennent, nous paraît-il, deux erreurs flagrantes.

Tout d'abord, elles vous déclarent que la souveraineté ne peut s'exercer sans droit de passage sur le territoire indien. Messieurs, il est vrai que la souveraineté ne peut s'exercer sans passage sur le territoire indien. Mais la souveraineté territoriale ne comprend pas le droit de passage, car elle s'exerce par définition sur le seul territoire portugais, tandis que le passage s'exerce sur le territoire indien.

Et ma deuxième observation — relative à la conclusion —, c'est que, ce qu'on nous demande, ce n'est pas le respect de la souveraineté territoriale, puisque, comme nous venons de le voir, la souveraineté territoriale du Portugal ne contient pas le droit de passage. J'aurais enfreint au respect de cette souveraineté territoriale si j'avais exercé sur le territoire des enclaves des actes de compétence quelconques. Mais du moment que je n'exerce pas d'actes de compétence sur les enclaves, j'ai respecté la souveraineté territoriale. Ce que l'on nous demande en réalité, c'est d'ajouter quelque chose au respect de la souveraineté territoriale, c'est d'accepter l'existence d'une obligation devant l'exercice de ma propre souveraineté territoriale sur le territoire intercalaire.

Messieurs, plaçons-nous un instant au point de vue de la souveraineté territoriale de l'Inde et le vice du raisonnement vous apparaîtra de façon très claire. Car la souveraineté territoriale de l'Inde comporte, pour employer les termes du professeur Bourquin, elle comporte le monopole de compétence, en principe, pour remplir les fonctions étatiques. Parmi ces fonctions étatiques il y a les décisions à prendre en ce qui concerne l'admission sur le territoire indien de personnes et de biens étrangers. Lorsque le Portugal affirmait au paragraphe 37 du mémoire que j'ai déjà lu devant la Cour qu'au mois de juillet 1954 il avait le droit d'envoyer des troupes sur notre territoire indien sans en demander l'autorisation et sans prévenir le Gouvernement de l'Inde, eh bien, Messieurs, s'il avait agi de la sorte, c'était lui qui aurait manqué au respect qui était dû à la souveraineté territoriale de l'Inde, mais le fait d'avoir refusé le passage des troupes portugaises sur le territoire indien est indifférent au contenu de la souveraineté territoriale que le Portugal exerce sur ses enclaves. Qu'il y ait ou non une obligation déduite d'autres sources, c'est ce que nous verrons abondamment dans la suite du procès, mais il me paraît tout à fait étranger à la notion de respect de la souveraineté territoriale de vouloir considérer qu'il en est ainsi en l'espèce.

Au surplus, nous emparant du principe de souveraineté territoriale, nous avons déduit de celle de l'Inde une présomption d'inexistence de l'obligation revendiquée contre elle. Nous en avons déduit que le Portugal avait l'obligation de faire la preuve de titres particuliers existant dans ce domaine. Nous avons longuement développé ce point en duplique aux paragraphes 528 à 542 et j'y renvoie, Messieurs, pour éviter des répétitions. Nous maintenons d'autant plus volontiers cette argumentation qu'elle a été à peine effleurée par nos adversaires. Je voudrais tout de même revenir sur ce que M. Bourquin a dit à ce sujet, car il semble que le désaccord qui figurait dans la procédure écrite soit moins grand qu'il n'apparaissait. Si j'ai bien compris mes distingués contradicteurs, ils sont d'accord pour reconnaître que l'Inde ayant la souveraineté territoriale sur le territoire intercalaire, il leur incombe d'établir l'existence d'une obligation qui viendrait affecter l'exercice de cette compétence. Mais ils estiment que la preuve de l'existence de cette obligation peut être faite aussi bien par la coutume générale que par des titres particuliers. De notre côté, Messieurs, nous sommes d'accord pour estimer que s'il s'agissait de faire la preuve d'une règle de droit d'où résulterait une simple obligation, quant à l'exercice de la compétence territoriale indienne, cette preuve pourrait résulter aussi bien de coutumes générales que de titres particuliers. Ce qui nous distingue, c'est une question que j'ai déjà exposée à la Cour. C'est, à notre avis, la conséquence qui découle très clairement, avec évidence, de la nature et du volume du droit de passage tel qu'il nous est réclamé et notamment du fait qu'il doit s'appliquer, non seulement à des personnes privées et à des biens, mais à des organes officiels — et à des organes officiels qui, quoi qu'on dise, exercent des fonctions publiques sur le territoire de passage, c'est-à-dire à des troupes armées et encadrées ou des forces de police, de quelque nom qu'on les désigne — à savoir que ce droit comporte une amputation de notre souveraineté, un partage de souveraineté. Alors, Messieurs, avec la doctrine et la jurisprudence impressionnantes que nous avons rappelées dans notre duplique, nous sommes en droit de dire que cela est tellement exceptionnel qu'il n'y a, à notre connaissance, pas d'exemple d'une règle de droit qui vienne ainsi, contrairement au principe de la souveraineté territoriale des États, leur imposer de tolérer sur leurs territoires l'exercice de fonctions publiques étrangères et que la chose n'est concevable que s'il existe à cet effet des titres particuliers.

Le deuxième principe de droit international dont il est fait état dans les plaidoiries de mon estimé contradicteur M. le professeur Bourquin, aux pages 491 et 493 de la séance du 30 septembre, c'est le principe de la bonne foi.

Il a été repris et développé aussi dans les conclusions finales, et comme il y occupe quatre alinéas assez brefs, je crois que le mieux est de les lire pour être sûr de ne pas déformer la pensée de mes adversaires. Ces conclusions sont libellées comme suit :

« Attendu que l'Union indienne a reconnu sans équivoque la souveraineté du Portugal sur les deux enclaves, de même d'ailleurs que l'avait reconnue les souverains précédents du territoire indien.

Attendu que, par cette reconnaissance, l'Union indienne et ses prédécesseurs ont admis que l'existence des deux enclaves portugaises à l'intérieur du territoire indien faisait partie de l'ordre juridique et se sont engagés à respecter cette situation.

Attendu que, pour justifier le pouvoir discrétionnaire dont l'Union indienne prétend disposer à l'égard du transit portugais, il faudrait donc admettre que tout en reconnaissant la souveraineté du Portugal sur les enclaves, elle se serait réservé tacitement la faculté de rendre impossible à son gré l'exercice de cette souveraineté.

Attendu qu'une telle réserve ne peut logiquement être admise et serait contraire aux exigences élémentaires de la bonne foi. »

Messieurs, il va de soi que nous sommes d'accord sur le point de départ.

C'est, je crois, notre distingué contradicteur M. da Silva Cunha qui a développé la règle de la bonne foi dans l'interprétation des traités internationaux. C'était vraiment superflu; je n'ai jamais entendu qu'un juriste se soit élevé pour combattre une règle aussi évidente et du reste consacrée par de nombreuses décisions jurisprudentielles.

Je suis d'accord aussi pour dire que le principe de bonne foi ne se limite pas à l'interprétation des traités.

Déjà Monsieur le juge Basdevant, dans les leçons qu'il donnait en 1936 et qui sont reproduites au volume 58 du *Recueil des Cours*, exposait qu'il faut s'en inspirer (p. 520) aussi dans la détermination, l'interprétation et l'application des règles générales du droit de la paix, comme de toutes règles de droit international.

D'accord pour estimer avec M. le professeur Bourquin (page 491 du compte rendu sténographique) que la bonne foi vaut aussi pour l'interprétation de tous les actes juridiques.

Mais, la première question que je me pose: de quel acte juridique s'agit-il? Quand, où, par qui l'Union indienne a-t-elle reconnu la souveraineté territoriale du Portugal sur les enclaves? Sans doute ne l'a-t-elle pas contestée, mais elle ne l'a pas créée, on ne le lui en a pas demandé la reconnaissance! Elle a accepté une situation qu'elle a trouvée lorsqu'elle s'est formée comme État indépendant. Il n'y a pas de consentement dont on puisse me demander une interprétation.

Et même si vous considérez qu'il y a lieu de considérer que cette acceptation tacite d'une situation est susceptible d'interprétation, sur quoi porterait ce consentement tacite de l'Union indienne? Mais, Messieurs, exclusivement sur l'existence de la souveraineté portugaise sur ces enclaves. M. le professeur Bourquin l'a reconnu dans son exposé, avec objectivité, avec bonne foi il vous a indiqué que, bien entendu, « le consentement qu'il croyait pouvoir constater dans le chef du Portugal [c'est à la page 492 du compte rendu sténographique de la séance du 30 septembre] portait sur l'existence de l'enclave, sur la présence à l'intérieur du territoire national d'une enclave étrangère ». « Il ne porte pas spécialement », disait-il, « sur le droit de passage », et il ajoutait, je le trouve au bas de la même page,

« dans notre thèse, le consentement du souverain territorial joue également un rôle. Seulement ce consentement, c'est sur l'existence de l'enclave qu'il porte. Une fois que le souverain territorial a reconnu cette existence, une fois qu'il a admis que la présence de l'enclave étrangère dans les limites de son propre territoire constitue un élément valable de l'ordre juridique international, le reste, c'est-à-dire le droit de passage, ne fait que découler naturellement et nécessairement de cette reconnaissance. »

Vous voyez, Messieurs, on est d'accord pour dire que le consentement, à supposer qu'il existe, ne porte pas sur le droit de passage. On reconnaît

expressément qu'il est totalement limité à l'existence de la souveraineté territoriale, qu'il n'est pas possible, raisonnablement, de déduire de l'attitude de l'Inde autre chose que l'acceptation de cette souveraineté territoriale. Mais, on ajoute alors, de l'extérieur, que de cette reconnaissance doit naturellement et nécessairement découler l'existence d'un droit de passage.

Cela, Messieurs, ce n'est plus de l'interprétation. La règle de la bonne foi n'a plus rien à voir là-dedans. Vous ne pouvez pas, à la fois, reconnaître l'objet du consentement et puis, après avoir reconnu formellement cet objet du consentement, y ajouter un objet additionnel qui est étranger à ce consentement, et donc, à l'interprétation de bonne foi, mais que vous y ajoutez parce qu'à votre avis « c'est là une conséquence qui en découle nécessairement ».

Messieurs, nous arrivons ainsi à ce troisième principe qui n'est pas formulé par mes adversaires, mais qui est sous-jacent à l'application qu'ils prétendent faire des deux autres principes.

C'est le principe *de la nécessité* au sujet duquel je devrais également présenter quelques observations à la Cour.

Monsieur le Président, je crois que cette question de la nécessité, de l'argument tiré de la nécessité, est vraiment au centre de cette affaire. Car on peut dire que ce fut le *leitmotiv* des divers conseils que nous avons entendus pour le Portugal. A longueur de journée on a dit et répété à la Cour, et parfois dans des termes tragiques, comment serait-il possible que la Cour reconnaisse la souveraineté du Portugal sur ces enclaves et qu'elle lui refuse ce qui est la condition d'exercice de cette souveraineté, à savoir le droit de passage à partir de Damão? La souveraineté impose la présence des autorités. Sans cette présence, il n'y a pas de souveraineté réelle. Allez-vous dans ces conditions contester l'obligation de l'Inde?

Messieurs, cet argument doit avoir impressionné tous ceux qui, l'ayant entendu, n'ont pas de formation juridique qui puisse les en défendre. Mais je crois que la plupart des juristes auront senti quelle était la confusion évidente qui entache ce raisonnement. Comme je le disais tantôt, il est très vrai que la souveraineté du Portugal ne puisse s'exercer, si tout passage des organes officiels et, actuellement, des forces de police lui est interdit.

Mais, Messieurs, il n'en résulte pas, et c'est pourtant la seule question qui est posée devant vous, que cette souveraineté ait été inimaginable et inexercable *sans qu'une obligation existe à ce sujet pour l'Inde et un droit pour le Portugal*.

Voyons. M. le professeur Guggenheim va passer, avec le soin et l'objectivité qui le caractérisent, en détail une série de situations dans lesquelles il y a enclave et reconnaissance de souveraineté. Et vous verrez que, dans un grand nombre de cas, l'on a expressément réglé dans des conventions les modalités d'un droit de passage. Et on l'a réglé de façon très généralement différente, cela est admis par nos adversaires. Ils disent: ce sont des modalités différentes, mais le droit de passage a été reconnu.

Messieurs, si le droit de passage est reconnu suivant des modalités différentes, c'est que l'État qui consentait, et généralement avec titre de réciprocité, certaines règles relatives au droit de passage, avait des conceptions différentes, au sujet de ses intérêts et des besoins de l'adversaire, de celles d'autres États se trouvant dans des situations

semblables, et parce qu'il lui était loisible de n'admettre la reconnaissance du droit de transit que dans les limites qu'il lui plaisait de consentir.

M. le professeur Guggenheim vous montrera aussi que dans une série d'autres cas il n'y a pas de réglementation expresse sous forme de convention. Pourquoi? Mais, Messieurs, peut-être parce que les États ont trouvé que c'était trop compliqué, qu'il ne leur était pas possible de prévoir avec précision toutes les difficultés, tous les cas d'application qui pouvaient surgir; ou parce que l'État de passage a estimé qu'il ne lui convenait pas de se lier *in abstracto*, par des formules abstraites dont il ne pouvait pas prévoir l'application dans des circonstances qui lui étaient inconnues.

Constatons que sur les cent soixante-quinze ans d'existence de l'enclave sous l'administration effective portugaise, la plus grande partie du temps a vu la Grande-Bretagne exercer la souveraineté dans le territoire intercalaire. Or vous connaissez, Messieurs, la répugnance traditionnelle, pas seulement pour les pouvoirs publics, mais je dirais volontiers pour les juristes et les législateurs anglo-saxons, à définir hors d'un cas de nécessité absolue, à se lier pour l'avenir, à aliéner leur liberté d'appréciation. S'ils refusent de se lier, cela ne veut pas dire qu'ils vont refuser le passage, l'État demandeur de passage ne s'en alarme pas et leur fait confiance. Et eux-mêmes sont tout à fait décidés à accorder le passage dans toute la mesure où cela ne contrariera pas leurs intérêts ou leur conception de leurs intérêts vitaux. Le Portugal, sachant qu'il n'y a rien à espérer d'un gouvernement qui répugne à ce point à des engagements superflus, se contente de vivre au jour le jour. Et, Messieurs, cela a duré cent soixante-quinze ans.

Si telle est la situation, et vous devez reconnaître que la description que j'en fais est plausible: est-ce que, quand des États ne réglementent pas le transit de l'un d'eux avec une enclave, ne confirment pas l'existence d'une obligation à ce sujet, lorsqu'il n'existe pas de reconnaissance expresse par titre particulier, est-ce qu'il est possible à la Cour de se substituer à eux?

Je vous disais il y a un instant que la nécessité du passage entre un État et ses enclaves n'a pas toujours donné naissance à des accords particuliers. Mais, Messieurs, elle est moins susceptible encore de donner naissance à une formulation sous forme de règle générale.

Je considère personnellement que le passage étant nécessaire, le droit de passage n'est pas nécessaire, que l'existence d'une règle de droit à ce sujet n'est pas nécessaire.

Supposez que vous considériez que c'est une vue erronée, qu'elle est imprudente, qu'il est au contraire tout à fait souhaitable qu'une règle intervienne à ce sujet. Eh bien, Messieurs, cette nécessité du droit de passage que certains d'entre vous seraient disposés à admettre ne peut pas, même dans cette hypothèse, les entraîner jusqu'à formuler cette règle de droit. Car la nécessité ne suffit pas à créer le droit. Ce jugement subjectif que vous auriez ne donne pas naissance à la règle de droit. Vous savez que le droit des gens a été encombré pendant quelques années d'une formule malheureuse: «*Not kennt kein Gebot*» (la nécessité ne connaît pas de loi). Rares sont les juristes qui la défendent encore aujourd'hui et plus rares assurément sont ceux qui admettraient que la nécessité fasse la loi, que la nécessité crée la loi.

Dans le contre-mémoire nous avons indiqué au paragraphe 298 divers exemples de nécessité, et nos adversaires nous ont fait le plaisir de les reproduire en texte français dans leur réplique, au paragraphe 337, tout

en disant que suivant eux cela ne s'appliquait pas à la thèse portugaise. Or cela s'applique très exactement à l'objection que je fais en ce moment à la thèse portugaise quant à l'impuissance de la nécessité à donner naissance à une loi à elle seule.

« L'histoire — disions-nous dans le contre-mémoire — est pleine de réclamations par les gouvernements des États qui cherchent à satisfaire leurs intérêts vitaux: le droit d'accès à la mer, le droit aux matières premières, le droit aux débouchés commerciaux, le droit à l'immigration, le droit à l'espace vital et, avant 1940, le droit aux colonies et autres revendications politiques semblables. Très souvent une satisfaction partielle a été donnée aux États voisins par des moyens compatibles avec les intérêts propres du pays. Ces revendications sont à l'origine de nombreux accords qui les ont acceptées dans des limites bien définies. Mais quand a-t-on jamais prétendu qu'elles pouvaient être formulées devant un corps arbitral ou judiciaire, pour faire l'objet de décisions fondées sur le droit? »

Et, Messieurs, je ne peux pas résister au plaisir de signaler dans le même ordre d'idées à la Cour la passionnante étude que certains de ses membres connaissent déjà sans aucun doute et qui a été publiée par M. Jenks il y a quelques mois dans le numéro spécial du *Nederlandse Tijdschrift voor Internationaal Recht* consacré à un hommage à M. le professeur François. Cette étude est intitulée: « *The laws of nature and international law* » (Les lois de la nature et le droit international). M. Jenks y montre l'urgente nécessité d'une réglementation internationale relativement à l'usage que les États pourraient faire de certaines des possibilités que leur offre la technique moderne. Et il cite l'adoption de mesures artificielles pour précipiter la pluie sur une zone aride en affectant défavorablement la chute d'eau dans un autre État, — l'utilisation massive par un État des réserves souterraines d'eau, de pétrole, de gaz d'une manière qui détruirait les ressources disponibles pour un autre État, — la restauration de régions d'Afrique du Nord et du Moyen Orient qui furent autrefois les greniers de grands empires, restauration qui serait susceptible de répercussions possibles sur les intérêts d'autres États au standard de vie plus élevé, — les expériences atomiques. Et l'auteur formule de façon intéressante, ingénieuse, divers principes qui, suivant lui, dans un esprit positif et progressiste, permettraient de résoudre les difficultés, de combler le besoin de réglementation existant dans ce domaine. Et après avoir formulé ces principes avec prudence, avec modestie, avec réalisme, il ajoute à la page 165 de son étude:

« Les principes que je formule n'ont pas encore atteint le statut de droit positif. »

La constatation de cette nécessité, c'est, je crois, Messieurs, au pis aller, si même vous aviez cette hantise, cette obsession de la nécessité de régler par une règle formelle de droit les difficultés pouvant résulter de l'existence d'enclaves au sein du territoire de certains États, la conclusion à laquelle vous devriez aboutir. Elle ne suffirait pas à vous permettre de tenter de formuler cette règle générale et encore moins de décorer de ce nom de « règle générale » l'extraordinaire formule qui vous a été proposée par le Portugal dans ses conclusions.

Tout au plus pourriez-vous constater et déplorer ce que vous pourriez appeler une « lacune » du droit international, sans du reste qu'il puisse en résulter pour vous la nécessité de *non liquet*, d'une abstention de vous prononcer, car il va de soi qu'en l'absence de règles relatives au droit de passage, le droit des gens a des règles fort précises, qu'on nous a rappelées, sur la souveraineté territoriale, et qu'une demande qui va à l'encontre de la souveraineté territoriale de l'Inde et qui ne peut pas s'appuyer sur une règle de droit des gens doit être purement et simplement rejetée.

Messieurs, cette situation dans laquelle la Cour pourrait se trouver, elle a été prévue en termes très clairs dans ce cours sur les *Règles du droit de la paix* de M. le Président Basdevant, auquel je me suis référé déjà. A la page 573 du volume 58 du *Recueil des Cours*, je lis :

« Si l'on se demande si un État est tenu dans l'exercice de sa compétence de suivre telle ou telle règle de conduite, la réponse est très simple: une telle obligation ne peut incomber à un État qu'en vertu d'une règle de droit international positive, y compris le cas d'une obligation particulière incombant à cet État. Dans le silence du droit international, le principe de l'indépendance de l'État prévaut, l'État fixe lui-même la ligne de conduite qu'il entend suivre. Dans cette hypothèse encore le juge international ne peut éprouver aucune hésitation du fait des lacunes du droit international positif. Dans le silence de celui-ci, il appliquera le principe de l'indépendance de l'État, principe reconnu par le droit international, à moins, bien entendu, qu'un pouvoir exceptionnel n'ait été conféré à ce juge, pouvoir de statuer *ex aequo et bono*, pouvoir de statuer d'après ce qu'il estime être le droit désirable. »

Ceci, Messieurs, termine la troisième partie de l'exposé que j'avais à vous faire et je crois pouvoir la résumer comme suit :

On a formulé deux principes: le premier étant celui de la souveraineté territoriale et du respect qui lui est dû. J'espère vous avoir convaincus que ce principe ne joue pas en faveur du Portugal, mais de l'Inde, car la souveraineté de l'Inde comporte la plénitude de compétence et doit s'exercer discrétionnairement, à moins qu'on ne prouve l'existence d'une règle de droit international. Et cette règle de droit international ne peut être découverte que dans des titres particuliers, du moment que, comme je l'ai exposé à une séance antérieure, le droit de passage revendiqué par le Portugal comporte dans certaines de ses modalités un empiètement manifeste sur la souveraineté territoriale de l'Inde.

En ce qui concerne le principe de la bonne foi avec lequel on devrait interpréter la reconnaissance par l'Union indienne de la souveraineté portugaise, je vous au montré qu'il était sans application. J'ai oublié de vous dire, je vous le signale en passant, qu'en réalité l'on assistait là à un curieux glissement ou à un curieux dédoublement de l'argumentation présentée par le Portugal dans la procédure écrite. Car c'est à propos du *Traité de Punem* de 1779 que l'on avait parlé d'accords particuliers et que l'on avait essayé à la faveur du principe de bonne foi de démontrer que le transfert de territoire prétendument consenti dans cet accord, dont nous contestons du reste la portée, devait comporter nécessairement l'admission d'un droit de passage. Aujourd'hui, l'on a tenté, dans les plaidoiries, pour la première fois, et dans les conclusions, de transporter, d'étendre cette question de la reconnaissance devant être interprétée de bonne foi, non plus seulement à l'empire mahratte de 1779,

mais à la reconnaissance implicite que l'on croyait pouvoir découvrir dans le chef de l'Union indienne.

Je vous ai montré également que cette reconnaissance, à la supposer réelle, ne portait que sur la souveraineté portugaise. Je crois pouvoir ajouter qu'elle ne nécessitait aucune réserve pour que le droit de passage soit exclu et que sous cet aspect aussi, c'est à tort que l'on a considéré qu'il y avait manquement à la bonne foi, car du moment que le droit de passage ne faisait pas partie intégrale de la souveraineté portugaise, il était tout à fait inutile et superflu d'en faire l'objet d'une réserve quelconque. C'eût été une addition à la souveraineté portugaise que d'y ajouter une obligation venant grever la souveraineté indienne, et sous cette forme non plus l'argument de bonne foi ne peut être retenu.

Enfin, Messieurs, en ce qui concerne la nécessité, je vous ai montré que la nécessité portait éventuellement sur le passage, mais certainement pas sur le droit de passage, que cette nécessité était pleinement conciliable avec le régime qui avait été observé pendant longtemps et qui était un régime basé sur la liberté des deux Parties d'apprécier l'usage qu'elles feraient de leur souveraineté et d'essayer de résoudre de commun accord, au fur et à mesure, les difficultés qui se présentaient. En l'absence de règle générale et en cas d'absence de titres particuliers — question qui sera examinée par mes collègues — il m'a paru certain qu'il n'était pas possible de suppléer à cette situation voulue par les Parties. La Cour n'a pas été instituée, je n'ai pas besoin de le lui dire, pour créer le droit des gens, mais pour l'appliquer.

Il ne me reste plus maintenant, Monsieur le Président, qu'à remercier la Cour de l'attention qu'elle a bien voulu me consacrer, mais lorsque la traduction aura été faite, je devrai encore — je l'oubliais — lui parler de la cinquième exception préliminaire, mais ce ne sera guère long. Après quoi, je demanderai que M. le professeur Guggenheim reçoive la parole.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive donc à la dernière partie de ma tâche et je pourrai être, comme mes adversaires du reste, d'autant plus bref à ce sujet que la question, suivant notre avis aussi, est dépourvue aujourd'hui d'un réel intérêt pratique quant à l'issue du procès. Mais elle a été posée à la Cour, elle demeure posée, et il est donc du devoir de l'Union indienne et de ses conseils de fournir à la Cour des indications aussi précises que possible quant à la suite qui, suivant eux, devrait y être donnée ou pourrait y être donnée.

Il s'agit, la Cour s'en souviendra, de l'exception basée sur la réserve formulée dans la déclaration indienne d'acceptation de compétence obligatoire, aux termes de laquelle sont soustraites de cette compétence les questions qui, en vertu du droit international, relèvent exclusivement de la juridiction de l'Inde.

M. le professeur Bourquin, à propos de compétence exclusive — c'est le terme sous lequel généralement on désigne cette sorte de réserve —, a employé parfois l'expression dans un sens qui n'est pas celui qu'il a lorsque nous traitons de cette réserve, et il vous a dit « la compétence de l'Inde est exclusive en ce sens que l'Inde est seule à jouir de la souveraineté sur le territoire intercalaire ». Mais il sera d'accord avec moi pour dire que, bien que, au point de vue grammatical et du sens commun, il est très normal d'appliquer l'épithète « exclusive » à une situation semblable, ce n'est pas le sens que l'on doit lui donner lorsqu'il s'agit de la réserve, et que la Cour permanente lui attribuait, lorsqu'elle inter-

prêtait l'article 15, paragraphe 7, du Pacte de la Société des Nations comme elle l'a fait dans l'avis consultatif n° 4.

La question qui se pose devant vous est celle de savoir si le problème soulevé relève de l'ordre intérieur indien, en telle sorte qu'il doit être soustrait à la compétence de la Cour comme à la compétence de tout organe des Nations Unies en vertu de l'article 2, paragraphe 7, comme à toute réclamation d'un État étranger.

Suivant M. le professeur Bourquin, il y a deux raisons pour écarter cette exception. La première, c'est que tous ou certains des titres invoqués par le Gouvernement portugais relèvent du droit international; la seconde, c'est que tous ou certains de ces titres sont fondés (c'est à la page 500 du compte rendu sténographique du 6 octobre que je trouve ces indications).

Je ne m'attarderai pas sur la deuxième raison, la question de savoir si les titres portugais sont fondés. Il va de soi que nous sommes en opposition sur ce point des deux côtés de la barre; nous nions l'existence des titres, c'est tout le procès; et vous ne pourrez vous former un avis à cet égard que quand vous aurez entendu également encore mes collègues, conseils de l'Union indienne. Mais en ce qui concerne la première raison, qui paraissait suffisante au professeur Bourquin, je crois devoir faire part à la Cour des doutes que j'éprouve, spécialement quant à la compatibilité de cet argument avec l'arrêt interlocutoire du 26 novembre 1957. En cette affaire, la Cour a en effet rendu un arrêt par lequel la majorité de ses membres ont estimé ne pas pouvoir écarter l'exception préliminaire de compétence exclusive, simplement parce que le Portugal invoquait des titres dont l'appréciation relevait du droit international. Et ils ont décidé de joindre cette exception au fond. Et si je comprends bien, en agissant ainsi ils sont partis de l'opinion que sans doute, du moment que les titres invoqués par le Portugal relevaient du droit international, il n'était pas possible à la Cour de les apprécier, sans avoir à fond discuté l'existence et l'interprétation des titres invoqués, c'est la raison pour laquelle ils joignaient l'examen de l'exception au fond, ce qui assurément lui enlevait son caractère préliminaire, mais réservait la possibilité d'admettre l'exception si les titres s'avéraient sans fondement, avec cette conséquence — semble-t-il — qu'à l'issue de l'examen des titres, la Cour se trouvera devant un choix. Si elle considère, comme nous l'espérons, que les titres invoqués ne peuvent pas être considérés comme réels, la Cour devra, ou rejeter la demande comme non fondée, ou elle pourra se déclarer incompétente à raison du fait que la question relève de la compétence exclusive de l'Inde.

Messieurs, dans le cas où la Cour préférerait se placer sur le terrain de la compétence exclusive et tirer argument du fait que les titres ont été considérés après examen comme inexistantes, je voudrais rendre la Cour attentive sur le fait que peut-être de la seule inexistence des titres juridiques, il ne faudrait pas conclure de façon trop absolue à ce que, nécessairement, la question relève de la compétence exclusive de l'Inde, car, à mon sens, si je crois qu'il en est ainsi effectivement en l'espèce, c'est pour une raison additionnelle.

Je ne voudrais pas, Messieurs, après ces trois audiences où j'ai déjà retenu l'attention de la Cour, me livrer à une longue dissertation sur cette notion de compétence exclusive que l'on a appelée parfois le « pont aux ânes » des juristes. C'est effectivement une notion extrêmement complexe au sujet de laquelle il y a une très abondante littérature juri-

dique qui a fait l'objet des délibérations de l'Institut de droit international et d'une résolution qui, malheureusement, n'a pas à mon avis beaucoup fait avancer le problème.

Je voudrais me borner à relire un texte sur lequel mon estimé contradicteur, M. le professeur Bourquin, a, à bon droit à mon sens, attiré l'attention des juristes dans le cours qu'il professait en 1931 à l'Académie de droit international (vol. 35, p. 152) et qui est un extrait de cet avis n° 4 que l'on a, je crois, parfois, insuffisamment remarqué. La Cour permanente, à la page 23 de cet avis, exposait que

« à certains points de vue on pourrait bien dire que la compétence d'un État est exclusive dans les limites tracées par le droit international, mais un examen attentif du paragraphe 8 de l'article 15 démontre que ce n'est pas dans ce sens qu'on y parle de compétence exclusive. Les mots « compétence exclusive » semblent plutôt envisager certaines matières qui, bien que pouvant toucher de très près aux intérêts de plus d'un État, ne sont pas en principe réglées par le droit international. »

Et c'est pour ces matières-là, considérant notamment que les questions de nationalité relevaient de cette catégorie, que la Cour admettait que, exceptionnellement, ces questions sortent de la compétence exclusive lorsqu'elles ont fait l'objet d'accords particuliers. Mais il en résulte que dans la pensée de la Cour permanente de Justice internationale à cette époque, il fallait deux conditions pour qu'une question relève de la compétence exclusive. Il fallait que la question appartienne en principe au domaine laissé à la compétence d'un État et il fallait en outre qu'en fait, elle n'ait pas été réglée par le droit international.

Messieurs, c'est ce que M. le professeur Bourquin, avec lequel j'ai le très grand plaisir d'être d'accord cette fois, c'est ce que M. le professeur Bourquin lui-même déduisait du passage reproduit, ajoutant que la compétence exclusive ne pouvait donc pas être considérée comme synonyme de compétence discrétionnaire et n'était pas comme celle-ci constituée par la somme des défaillances du droit international mais visait un domaine plus restreint.

Messieurs, cette notion sur laquelle j'attire l'attention de la Cour n'aura pas non plus d'incidence sur votre décision, même si vous vous placez sur le terrain de la compétence exclusive, parce que, comme je vous l'indiquais, la Cour elle-même, dans cet avis n° 4, considère que lorsqu'une question relève en principe de la compétence exclusive, elle peut néanmoins y échapper chaque fois qu'en fait elle se trouve réglée par un accord particulier, tandis qu'en l'absence de réglementation d'accord particulier, ce caractère se trouve confirmé. La Cour a fait application de cette règle en matière de nationalité, et je vous demande pour les mêmes raisons d'en faire application en matière de souveraineté territoriale. La souveraineté territoriale, c'est en effet un ensemble des questions qui, en principe, relèvent de la compétence exclusive d'un État, et si, comme nous le soutenons, en l'espèce il n'y a pas d'accord particulier qui soit venu régler la question dans les rapports entre l'Inde et le Portugal, vous devrez, vous pourrez tout à fait librement considérer la question comme relevant de la compétence exclusive de l'Inde, à moins que vous ne préfériez, comme je l'indiquais tantôt, déclarer purement et simplement que les titres n'étant pas établis, la demande du Portugal est non fondée.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en aurais tout à fait terminé si, vous ayant cité cet avis de la Cour permanente relatif à la nationalité, concernant les *décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc*, zone française, je n'y avais pas retrouvé quatre autres lignes qui me paraissent devoir être soulignées parce qu'elles marquent si clairement une des idées que j'ai eu l'honneur de défendre devant la Cour. A la page 25 de cet avis n° 4, j'ai lu ce qui suit :

« Selon le paragraphe 8 » [il s'agit bien entendu du paragraphe 8 de l'article 15 du Pacte de la Société des Nations] « l'intérêt de la Société des Nations de pouvoir recommander, en vue du maintien de la paix, toutes solutions qu'elle considère comme les plus équitables et les plus appropriées en l'espèce doit, à un point déterminé, s'arrêter devant l'intérêt également primordial de chaque État, de conserver intacte son indépendance dans les affaires que le droit international reconnaît comme étant de son domaine exclusif. »

Si telle était la règle prescrite au Conseil de la Société des Nations par l'article 15, paragraphe 8, du Pacte, combien s'impose-t-elle davantage encore à la Cour sur base de l'article 2, paragraphe 7, surtout lorsqu'elle se trouve devant un État qui comparait devant elle et qui a pris soin d'écarter expressément de son acceptation la compétence de la Cour pour les questions relevant de son propre domaine réservé!

Je suis arrivé maintenant à la fin de ma tâche, Monsieur le Président, et je vous demanderai à l'audience de cet après-midi de bien vouloir donner la parole au professeur Guggenheim, qui vous parlera des principes généraux *stricto sensu*, c'est-à-dire reconnus *foro domestico*.

12. PLAIDOIRIE DE M. P. GUGGENHEIM

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DE L'INDE)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 12 ET 13 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 12 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Parmi les titres juridiques invoqués par nos honorables contradicteurs, j'aurai l'honneur d'examiner ceux qui reposent sur deux catégories de règles mentionnées à l'article 38 du Statut de la Cour. C'est, d'une part, la règle prévue à l'article 38, chiffre 1, *litt. b*), c'est-à-dire la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit et, d'autre part, la règle énoncée à l'article 38, chiffre 1, *litt. c*), qui se rapporte aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Ces deux règles sont applicables dans la pratique internationale sans que leur destinataire ait donné préalablement un consentement explicite aux obligations qui y sont contenues. Ces deux règles générales se distinguent donc nettement des autres titres invoqués par nos honorables contradicteurs, à savoir la convention générale ou particulière qui présuppose en principe l'accord des parties intéressées.

Je donnerai plus tard les explications qui s'imposent quant à la relation entre ces différents éléments du droit et en particulier entre les deux règles générales, la coutume générale et les principes généraux de droit, d'une part, et la coutume locale, d'autre part.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, parlons tout d'abord de la revendication basée sur la coutume générale.

La demande du Portugal a pour objet un droit de transit entre Damão d'une part, Dadrá et Nagar-Aveli d'autre part, droit de transit limité à ce qui est nécessaire pour l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves, et droit soumis aux réglementations et restrictions indiennes. En outre, selon la thèse développée par M. le professeur Bourquin, qui d'ailleurs n'est pas suivie jusqu'au moindre détail par M. le doyen Telles, ce droit de transit ne comporterait aucune immunité.

Le Gouvernement du Portugal oppose donc à la souveraineté territoriale de l'Inde certains titres coutumiers, dont il se prévaut et qui entraîneraient à la charge de l'Inde, sur le territoire indien qui sépare Dadrá et Nagar-Aveli de Damão, des obligations de tolérance et des obligations d'abstention.

En procédant de cette manière, le Gouvernement du Portugal fonde le titre coutumier d'une part sur le statut juridique de certaines enclaves à l'époque contemporaine qui seraient régies par les mêmes principes que les enclaves portugaises. Leur régime, vu la similitude d'une réglementation du droit de passage, prouverait l'existence d'une règle coutumière générale relative à ce droit de transit, et cette règle coutumière générale, qui se dégagerait du régime de ces différentes enclaves, serait donc opposable à l'Union indienne.

D'autre part, le Gouvernement portugais s'est tourné vers le passé pour démontrer qu'une étude historique des enclaves permet de dégager

des conclusions valables pour prouver l'existence de la règle coutumière dont il se prévaut. A ce sujet l'étude du professeur Bauer contiendrait la preuve documentaire. Toutefois, à ce sujet, nous l'avons déjà expliqué dans la duplique, sous le n° 555, une réserve s'impose. En effet, la plupart des traités mentionnés par M. Bauer ont été conclus avant le début du XIX^{me} siècle, donc à une époque où la souveraineté territoriale des États n'avait pas la même substance, pas la même densité qu'aujourd'hui. L'État national ne possédait pas encore le monopole de l'exécution des actes juridiques dans le domaine spatial qui est le sien. Le passage inoffensif des troupes par le territoire d'un État tiers était généralement admis aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre. Grotius en atteste, dans le Livre II, chapitre 2, paragraphe 13, de son ouvrage sur *La Guerre et la Paix*, de l'existence de cette règle. Dans ces conditions le fait relevé par le professeur Bourquin, jeudi 1^{er} octobre (compte rendu, pp. 496 ss.), que certains traités du XVII^{me} et du XVIII^{me} siècle ne mentionnent pas le droit de passage des forces armées aux enclaves n'a aucune importance. Avant la fixation définitive de la souveraineté territoriale au sens contemporain, le consentement du souverain des territoires de passage se réalisait souvent dans des décisions unilatérales rendues par les autorités respectives, sans qu'il ait été besoin de les inscrire dans un traité général. A titre d'exemple, je me permets de mentionner la décision de la Diète des cantons protestants de la Confédération suisse à l'époque des guerres de religion; il y avait à cette époque deux Diètes: une diète catholique, une Diète protestante (septembre 1632). La décision traduit très bien, à mon avis, la substance de la règle du droit international commun relatif au droit de passage tel qu'il était en vigueur au XVII^{me} siècle.

Voici comment la Diète s'est prononcée à ce sujet:

« A ceux qui se conduisent convenablement et modestement le passage inoffensif ne sera pas refusé comme ce fut le cas depuis des temps immémoriaux. »

La citation est extraite de l'ouvrage fondamental de Bonjour, *Histoire de la neutralité suisse*, 1946 (en allemand), page 30. Mais déjà au XVIII^{me} siècle la souveraineté territoriale a été plus stricte. A l'époque contemporaine elle est toute différente, comme je l'ai déjà mentionné, elle est beaucoup plus dense. Dans ces conditions de nombreux éléments de la documentation du professeur Bauer, particulièrement ceux examinés par M. Bourquin relatifs aux traités des XVII^{me} et XVIII^{me} siècles, n'ont plus de valeur dans le contexte du présent, et il y a lieu d'appliquer le principe clairement posé par l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'*Île de Palmas*, selon lequel des règles antérieures contraires à des règles postérieures sont considérées comme abrogées.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Portugal revendique dans ses dernières conclusions un droit de passage soumis à certaines conditions, comme nous venons de le voir. Ce droit de passage a pour objet différents états de fait, différentes situations. Le Portugal revendique en premier lieu un droit de passage pour les représentants des autorités et des forces armées nécessaires pour exercer la souveraineté portugaise dans les enclaves. Le Portugal demande également — et c'est autre chose — le passage des biens, toujours d'ailleurs dans le même but: exercer la souveraineté sur les enclaves. Enfin, si nous comprenons bien la requête portugaise, le Portugal demande également le passage des personnes privées.

Est-ce qu'il est nécessaire, le passage des personnes privées dans l'exercice de la souveraineté portugaise, au sens des conclusions du Gouvernement portugais?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous n'allons pas examiner cette question dont la réponse négative, à mon avis, s'impose. D'ailleurs, ce qui a dû être dit à ce sujet a été déjà dit par le professeur Rolin vendredi après-midi et samedi matin.

Il y a donc trois catégories de personnes et de biens pour lesquelles le droit de passage est demandé.

Pour chacune de ces situations se pose la question de savoir si le Portugal peut valablement invoquer une règle coutumière en faveur de sa revendication du droit de passage. Pour répondre, nous devons donc examiner chacun séparément de ces trois états de fait et nous demander si et dans quelles conditions le droit international coutumier général admet un passage pour ces différentes situations.

Voyons d'abord la première catégorie des personnes pour lesquelles le droit de passage serait — d'après la thèse portugaise — consacré par une règle coutumière, à savoir des représentants de l'autorité publique, des forces armées et de la police.

Pour répondre à la question que nous venons de poser, c'est-à-dire un propre droit de passage de ces éléments que je viens de mentionner vers les enclaves, en faisant d'ailleurs dans notre examen abstraction des règles générales de droit international relatives au passage des forces armées et de la police par un territoire étranger, passons en revue le statut juridique des enclaves actuellement existantes. Examinons le régime du droit de passage des forces armées et de la police dans le territoire qui sépare l'enclave des autres portions du territoire national. Nous ne nous occuperons donc que des enclaves qui font encore partie du système politique actuel, c'est-à-dire l'enclave allemande de Büsingen en Suisse, l'enclave italienne de Campione, également en Suisse, l'enclave belge de Baerle-Duc dans le territoire hollandais, les enclaves hollandaises de Baerle-Nassau dans l'enclave belge de Baerle-Duc, l'enclave britannique du Basutoland en Union sud-africaine, l'enclave espagnole de Llívia en France, enfin, l'enclave indienne de Mechval, située dans le territoire portugais de Nagar-Aveli.

Je laisse délibérément de côté la situation du fort de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda, ce vestige d'une époque révolue, comme nous l'avons indiqué au paragraphe 556 de la duplique. Les conditions dans lesquelles se situe cette enclave ne sont effectivement pas comparables aux autres, à celles que nous venons de mentionner, l'élément de la population faisant défaut. Dans ces conditions, la circulation des biens et des personnes privées n'entre pas en ligne de compte, le droit de passage du résident et de ses collaborateurs qui l'assistent ne posant pratiquement aucun des nombreux problèmes que soulève l'existence des enclaves ordinaires.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour qu'on puisse admettre l'existence d'une règle coutumière générale relative au droit de passage, telle qu'elle a été proposée par nos honorables contradicteurs, il faudrait que trois conditions soient réalisées.

Première condition: il faudrait, pour reprendre l'expression de Sörensen mentionnée par le professeur Bourquin le 30 septembre, « que la même conduite soit réalisée autant que l'occasion s'en est présentée ».

Seconde condition: que cette conduite commune correspondante des différents membres de la communauté internationale soit conforme à la règle proposée par le Gouvernement du Portugal, c'est-à-dire que l'État encerclant l'enclave soit tenu d'autoriser les communications nécessaires pour l'exercice de la souveraineté territoriale sur les enclaves et sans qu'il existe à ce sujet un arrangement conventionnel.

Troisième condition: que si cette conduite existe effectivement dans toutes les occasions où elle se présente, elle ne soit pas seulement conforme à un usage facultatif, mais qu'elle corresponde à une coutume obligatoire.

Faisons d'abord une observation liminaire. Pour certaines enclaves la question du droit de passage des forces armées et de police est réglée de manière détaillée. Il y a d'autres situations où les informations sont plus fragmentaires. Ainsi, aucun arrangement n'est connu pour le Basutoland ni pour l'enclave indienne de Mechval, et il existe souvent une pratique administrative basée sur la réciprocité, ce qui est à mon avis très probablement le cas pour le système des enclaves belgo-hollandaises. Ces situations ne permettent certes pas l'invocation d'une règle coutumière autorisant le passage pour les forces armées et de police, tel que l'entend la Partie adverse. Une affirmation de ce genre serait bien hasardeuse, même si l'examen amenait à conclure qu'il existe une pratique autorisant le passage de quelques éléments de l'autorité publique et de forces policières. A une telle pratique n'équivaudrait certainement pas l'existence d'une obligation juridique. Comme l'a dit avec raison M. Charles De Visscher dans son étude sur « Coutume et Traités en droit international public », dans la *Revue générale de droit international public*, 1955, page 357:

« Jamais, de la seule uniformité ou régularité extérieure de certaines attitudes, il n'est permis de conclure à la normativité. »

Il paraît beaucoup plus normal de conclure, en l'absence d'une obligation conventionnelle et de l'existence d'une pratique administrative basée sur la réciprocité, à l'absence d'une coutume obligatoire liant les parties. La pratique administrative a pour base la volonté commune des États en question de régler dans le cadre d'une politique de bon voisinage les questions de passage de la force armée et de la police, comme on vous l'a déjà expliqué ce matin.

Peu importe, d'ailleurs, la réponse à cette question si nous démontrons, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, par l'analyse du statut juridique des autres enclaves, que l'affirmation de l'uniformité du régime de toutes les enclaves actuellement existantes, quant au droit de passage des forces armées et de police, porte à faux et que le régime de ces autres enclaves ne correspond pas au système suggéré par nos distingués contradicteurs.

Nous procéderons donc, avec votre permission, Monsieur le Président, à l'examen des statuts de Büsingen, Campione et Livvia. Examinons d'abord chacun des régimes des enclaves quant au passage des forces militaires et policières, posons-nous ensuite la question de savoir s'il y a similitude des règles juridiques régissant le droit de passage, et voyons enfin si le régime du droit de passage des forces armées et de la police vers Büsingen, Campione et Livvia correspond à la définition de la règle coutumière suggérée par le Portugal dans ses conclusions.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le premier cas que nous devons examiner est celui du droit de passage des forces militaires et de

police à Büsingen. Avant de faire l'objet d'un arrangement conventionnel relatif au droit de passage de quelques éléments de forces armées et de police — parce qu'il y a un arrangement —, Büsingen a été le théâtre d'événements qui rappellent dans une certaine mesure ce qui s'est passé dans les enclaves portugaises de l'Inde en 1954.

Une insurrection s'était produite dans l'enclave, en juillet 1849, à la suite des événements révolutionnaires qui ont troublé l'Europe en 1848. Cette insurrection était dirigée contre les institutions monarchiques allemandes, particulièrement celles du Grand-Duché de Bade, dont Büsingen dépendait politiquement. Les autorités allemandes désiraient punir les révolutionnaires responsables de l'insurrection, et envoyèrent des troupes à Büsingen. Celles-ci s'acheminaient à Büsingen en naviguant sur le Rhin, dont les deux rives, avant d'entrer à Büsingen, se trouvent en territoire suisse.

Conformément au rapport du Conseil fédéral suisse, publié dans le second volume de la *Feuille fédérale* de 1849, le commandant militaire suisse responsable de cette région reçut l'ordre de s'opposer au retour des troupes allemandes infiltrées à Büsingen, le passage par la Suisse étant considéré comme une violation de son territoire. La Suisse libérale de 1849 ne désirait pas accorder à l'Allemagne un droit de passage en vue de la répression d'une insurrection qui poursuivait les mêmes buts que ceux du mouvement populaire victorieux en Suisse en 1848, mouvement qui a abouti, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comme vous le savez, à la modification du régime fédéral et à l'introduction de la constitution fédérale fondée sur les principes du libéralisme et de la démocratie représentative.

Le Gouvernement suisse avait, dans cette ambiance politique, un autre motif encore pour refuser sa collaboration au passage des troupes. Le fait de mettre *volontairement* un fragment du territoire suisse à la disposition des forces gouvernementales allemandes aurait entraîné une immixtion dans les affaires internes d'un pays voisin, immixtion contraire aux règles les plus élémentaires du droit des gens.

Dans ces conditions, le commandant des troupes suisses conclut un arrangement avec le commandant des troupes allemandes, le 28 juillet 1849. En vertu des termes de cet arrangement, les troupes allemandes devaient quitter immédiatement le territoire de l'enclave, encadrées par une escorte de troupes suisses pendant toute la durée du passage sur le sol suisse. Le passage de retour se réalisa en fait conformément aux termes de cet accord.

A la suite des événements de 1849, plus jamais une autorité militaire allemande n'a pénétré en territoire suisse pour s'acheminer vers Büsingen. Il restait cependant à régler le passage des représentants des autorités policières et militaires d'Allemagne vers l'enclave de Büsingen et de Büsingen vers l'Allemagne. M. le professeur Bourquin a, à ce sujet, prétendu que l'affirmation dans notre contre-mémoire, à savoir que le passage est basé sur une convention, n'est pas exacte. A notre tour, il nous faut constater que notre éminent contradicteur s'est certainement trompé. A vrai dire, mon éminent maître et collègue est excusable, parce qu'il a été la victime d'une information équivoque, pas suffisamment explicite, information qui a été adressée le 5 juin 1956 au Gouvernement portugais par le Gouvernement fédéral suisse. Selon cette information, qui figure à l'annexe 23, I, page 759 des observations portugaises sur les exceptions préliminaires, l'article 2, alinéa 1, de la convention conclue le

21 septembre 1895 entre la Suisse et l'Empire allemand au sujet de la commune badoise de Büsingen est la seule disposition conventionnelle ayant trait au transit d'organes allemands se rendant sur le territoire de la commune en question. L'autorité suisse qui a donné l'information a omis d'ajouter les mots: « dans le cadre de la convention de 1895 ». Elle aurait dû dire que le régime de transit ne trouvait pas son fondement dans l'accord mentionné, mais dans un accord plus général qui se rapporte aux relations frontalières bado-suissees en général.

Le professeur Bourquin aurait pu en prendre connaissance, étant donné que nous l'avons mentionné au n° 293, *littéra c*), du contre-mémoire. L'arrangement actuellement en vigueur date des 13-14 novembre 1928. Il consacre et précise certaines règles antérieures, particulièrement celles incorporées dans un protocole bado-suisse des 9-19 juillet 1867. Comme nous venons de le dire, cet accord ne se rapporte pas exclusivement à Büsingen, mais aux différents secteurs frontaliers entre la Suisse et le pays de Bade, parmi lesquels figure naturellement aussi Büsingen. L'accord porte le titre: « Échange de notes entre la Suisse et l'Allemagne concernant la circulation des militaires et des fonctionnaires de police sur certains tronçons de chemins de fer et de routes à la frontière de la Suisse et de l'État de Bade. » (Vous trouverez l'accord dans le *Recueil systématique des Lois et Ordonnances*, 1848-1947, tome 13, aux pp. 286 et ss.)

Dans cet échange de notes il a été convenu, et ceci est particulièrement important, en ce qui concerne le statut juridique de l'enclave allemande de Büsingen (dans le chapitre II, qui se rapporte au trafic routier et sous n° 4):

« L'agent de police isolé — et exceptionnellement aussi un groupe d'agents de police — en uniforme ou en civil, armé et portant les munitions de route nécessaires, est, sous réserve d'entière réciprocité, autorisé, dans l'accomplissement de son service habituel, à circuler soit à pied, soit à l'aide d'un véhicule, sur les routes-frontière traversant le territoire étranger. »

Naturellement il s'agit, réciproquement, du territoire suisse et du territoire allemand, inclus l'enclave de Büsingen.

Toutefois, l'alinéa 4 du n° 4 ajoute:

« Un service destiné à prévenir des désordres politiques ou économiques imminents ou à les réprimer au cas où ils auraient éclaté n'est pas compris dans les termes « service courant » de l'alinéa premier ci-dessus. »

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les dispositions de l'accord que je viens de mentionner sont extrêmement révélatrices. Elles démontrent que la Suisse a le droit de refuser le passage des forces de police et des forces militaires par son territoire national lorsqu'il s'agit de réprimer des troubles ou de les prévenir dans le territoire voisin et particulièrement à Büsingen. C'est naturellement en souvenir des événements de Büsingen de 1849 que la Suisse a tenu à insérer dans l'échange de notes la disposition lui permettant d'interdire le passage destiné à prévenir des désordres économiques ou politiques imminents ou à les réprimer au cas où ils auraient éclaté. Cette réserve au droit de passage est en complète harmonie avec les dispositions du droit international relatives à l'obligation de non-intervention d'un État dans les affaires internes d'un

autre État. On peut d'ailleurs être certain que le Gouvernement allemand n'aurait pas accepté l'insertion de cette disposition s'il ne l'avait pas jugée conforme aux règles du droit international coutumier.

Büdingen ne possède d'ailleurs pas de poste de police et militaire. C'est l'enclave qui a dû et continue à organiser le service du maintien de l'ordre et de la sécurité des habitants. C'est le maire de Büdingen, assisté de fonctionnaires recrutés localement, qui accomplit cette mission.

Nous espérons donc avoir démontré, contrairement à ce que pense notre éminent contradicteur, que toutes les questions relatives au droit de passage des forces militaires et policières concernant Büdingen sont réglées par des accords. L'usage local n'entre pas en ligne de compte, même à titre secondaire, et il est certain que la Suisse n'a jamais autorisé le passage des troupes allemandes, ni de troupes occupant le territoire allemand après la deuxième guerre mondiale, à travers le territoire suisse pour se rendre dans l'enclave de Büdingen.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce premier exemple démontre que l'on ne saurait affirmer qu'il existe une uniformité de régime, comme l'a suggéré le Gouvernement portugais. En effet, le droit de passage, conventionnellement admis pour un petit groupe d'agents de police armés et portant les munitions de route nécessaires, est subordonné à deux conditions qui sont *l'une et l'autre* contraires à la thèse portugaise. Ces conditions sont les suivantes :

- 1) le passage doit se faire dans l'accomplissement du service courant, du service habituel, sans qu'il entraîne des actes de puissance publique; et
- 2) le passage est rigoureusement interdit dès qu'il est destiné à prévenir des désordres politiques et économiques imminents ou à les réprimer au cas où ils auraient éclaté.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la référence à Campione n'est pas moins révélatrice que celle à Büdingen. Le statut de cette petite région entièrement italienne, entièrement entourée de territoire suisse, est, contrairement à ce que nous propose le professeur Bourquin, régi par le droit conventionnel. En effet, en ce qui concerne le passage de la police italienne, c'est l'article 2, alinéa 5, également partie d'une convention générale, celle de 1923 relative à la navigation sur le lac Majeur et sur le lac de Lugano, du 23 octobre 1923, qui est également applicable. (*Recueil systématique des lois et ordonnances de la Confédération suisse*, 1848-1947, t. 13, p. 350.) L'article 2, alinéa 5, dispose :

« Les agents de la police italienne pourront également traverser les eaux territoriales suisses en qualité de passagers de courses régulières des services publics de navigation, toutefois sans interrompre leur voyage. S'il s'agit d'un transport de plus de six agents, il sera annoncé conformément aux dispositions de cet article. Dans les eaux suisses, les agents italiens devront déposer leurs armes et s'abstenir de tout acte officiel. »

Toutefois, il y a l'article 2, alinéa 6 — le cheval de bataille de la Partie adverse —, du traité de 1923, qui a été cité par le professeur Bourquin. Cette disposition déclare, en ce qui concerne les communications avec l'enclave italienne de Campione :

« l'état actuel des choses demeure sans changement aussi longtemps que les deux Parties contractantes n'auront pas passé des accords spéciaux ».

Cette disposition a une signification particulière, très différente de celle proposée par nos honorables contradicteurs. Pour la comprendre, il faut rappeler que lors des négociations pour le traité de 1923 — donc le traité que j'ai mentionné relatif à la navigation sur le lac Majeur et sur le lac de Lugano — la délégation italienne avait demandé l'autorisation de transporter des forces de police italienne par les eaux territoriales suisses, entre deux parties du territoire italien. Un tel passage aurait permis à l'Italie, comme l'explique la *Feuille fédérale suisse* de 1923, tome 3, page 482 (édition allemande), et comme le relate également une bonne thèse zurichoise de Becker, *Die Rechtsverhältnisse der Schweizergrenze* (« Les rapports juridiques à la frontière suisse »), 1931, thèse de Zurich, page 23 — je dis un tel passage aurait permis à l'Italie de passer directement par les eaux suisses du territoire italien à une autre partie du territoire italien, donc aussi à Campione. Les délégués suisses n'ont pas voulu donner suite à cette demande; mais ils se sont déclarés d'accord d'entamer des négociations avec l'Italie en vue de la conclusion d'une convention particulière relative à l'enclave de Campione. Cette convention n'a jamais vu le jour, parce que le Gouvernement suisse n'a pas voulu admettre le droit de passage de bateaux policiers italiens par les eaux territoriales suisses. Cela équivaut évidemment à un refus du droit de passage sur le territoire suisse pour les bateaux de police et les bateaux de la force armée. Le Gouvernement italien a reconnu dans la disposition que je viens de mentionner — c'est un compromis diplomatique — que l'état actuel des choses demeurerait sans changement et qu'il en serait ainsi aussi longtemps que les deux Parties contractantes n'auraient pas passé l'accord spécial envisagé dans les négociations de 1923. L'Italie a accepté le point de vue suisse, en reconnaissant le maintien du *statu quo* qui est entériné dans l'article 2, chiffre 6, de la convention de 1923.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans ces conditions le passage de la force publique est toujours réglé par les dispositions générales de la convention pour la navigation sur le lac Majeur et le lac de Lugano — que je viens de mentionner — et en particulier par son article 2, alinéa 5, dont j'ai donné lecture et que M. le professeur Bourquin ignore dans son intervention de jeudi 1^{er} octobre, tout en admettant dans le fond le même règlement, en reproduisant un passage plus que curieux de la note suisse du 5 juin 1956, qui donne non seulement au sujet de Büsingen un tableau, le moins qu'on puisse dire, qui n'est pas complet de la situation, mais aussi en ce qui concerne Campione. Toutefois, sur le fond de la réglementation, il n'y a pas de divergence de vue, car la note déclare:

« Selon la pratique — il n'est pas dit selon la convention, comme elle aurait dû le dire —, selon la pratique, les organes de police se rendant à Campione se servent des bateaux qui assurent le service régulier sur le lac de Lugano et peuvent, dans ces conditions, passer librement. »

Ce qui est omis, c'est le fait que cette pratique repose sur une disposition conventionnelle. D'autre part, la note, si succincte qu'elle semble profiter à la thèse portugaise, oublie de dire que l'article 2, alinéa 1^{er}, de la convention de 1923 prévoit explicitement que:

« les bateaux servant à des buts militaires, de douane et de police ne doivent pas franchir la frontière politique »,

non seulement qu'« *en principe* », comme le dit la note, ils ne doivent pas franchir la frontière politique du tout.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans ses grandes lignes, la réglementation de Campione est donc la même que celle de Büsingen. On pourrait parler d'un système suisse. C'est un accord frontalier plus général et non pas un accord spécial relatif à l'enclave qui règle le droit de passage de la police et de la force militaire. Et, chose particulièrement importante, dans les deux cas la Suisse a voulu empêcher et a effectivement empêché le passage de la force armée policière en vue de maintenir l'ordre et de prévenir des troubles. Pendant la période fasciste, elle a résisté à la tentative italienne d'obtenir l'autorisation de passage direct pour les transports de la police italienne d'un port italien du lac de Lugano à l'enclave de Campione sur ses propres bateaux.

Ce sont donc les conventions germano-suisse et italo-suisse, qui ne se rapportent pas exclusivement aux enclaves, qui réglementent le passage en territoire suisse en direction des enclaves de Büsingen et de Campione. Cet état de choses, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, est contraire à la conception portugaise du droit de passage. Il correspond, cependant, à des principes politiques plus généraux consacrés dans l'histoire diplomatique de la Confédération helvétique. C'est cette doctrine, conforme au respect strict tant du principe de la souveraineté territoriale qu'à celui de la non-intervention dans les affaires intérieures des autres États, qui a trouvé ici son expression, comme elle a trouvé son expression la plus remarquable lors de l'incident de Wilna en 1921. Le Conseil fédéral s'est opposé catégoriquement au passage à travers la Suisse des troupes destinées à assurer l'ordre lors de la consultation populaire qui devait avoir lieu à Wilna sous le contrôle de la Société des Nations.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, examinons enfin la situation de Llivia, enclave espagnole en territoire français. Il y a une différence très nette, quant au droit de passage des forces policières et militaires, avec le régime adopté pour Büsingen et Campione. Pour Llivia l'interdiction du droit de passage est totale. C'est ainsi que nous lisons dans le traité de délimitations conclu le 26 mai 1866 entre la France et l'Espagne :

« La situation exceptionnelle de Llivia dont le territoire est enclavé en France et surtout les sinuosités et le caractère abrupt des Pyrénées obligeant les frontaliers français et espagnols à emprunter le territoire voisin dans diverses localités pour aller d'un point à un autre de leur propre pays, les uns et les autres continueront à jouir de la franchise nécessaire à leur libre circulation dans ces passages, mais à la condition expresse qu'on ne quittera pas le chemin et qu'il sera formellement interdit au service des agents étrangers de la force publique. »

Non seulement il n'est pas question dans cette disposition du passage de la force militaire, mais en outre aucun passage n'est admis en faveur de la force policière espagnole qui désirerait atteindre l'enclave.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que l'article 3 n'est pas mentionné dans la note du ministère des Affaires étrangères de France à l'ambassade du Portugal à Paris, du 18 mai 1956 (annexe 22 des annexes aux observations du Gouvernement portugais sur les exceptions préliminaires).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les conclusions suivantes se dégagent de notre étude sur le passage des forces armées et de la police vers les enclaves :

1. En ce qui concerne le passage des forces armées et de la police, il est inexact d'affirmer que la même attitude, la même conduite a été adoptée dans tous les cas, ce qui, selon M. le professeur Bourquin lui-même, serait la première condition pour prouver l'existence d'une règle coutumière dans ce domaine.

2. En ce qui concerne cette conduite elle-même, trois systèmes différents se dégagent dans la pratique internationale.

a) Dans le premier système, il n'existe aucune réglementation conventionnelle du droit de passage des forces armées et de la police (Basutoland, enclaves belgo-hollandaises). Si un droit de passage est accordé par l'État détenteur du territoire de passage, il correspond à une pratique administrative éventuellement fondée sur la réciprocité, sans qu'on puisse affirmer que cette pratique administrative soit plus qu'un usage facultatif.

b) Le second système pourrait être qualifié, comme je l'ai déjà dit, de système suisse, ou germano-suisse, italo-suisse (Büdingen, Campione). Il consiste dans l'octroi d'un droit de passage limité pour la force policière et dans l'interdiction du passage des forces militaires. Dans ce régime, la force policière n'a pas le droit de faire des actes de service et le passage est prohibé dès qu'il pourrait être utilisé pour des fins politiques. Il ne doit pas avoir pour but de prévenir des désordres économiques ou politiques imminents ou de les réprimer au cas où ils auraient éclaté, selon l'heureuse formule de l'échange de notes entre la Suisse et l'Allemagne des 13/14 novembre 1928.

c) Le troisième système est l'interdiction totale du droit de passage de la force publique. C'est le système adopté pour Llivia.

Dans ces conditions, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous n'avons pas à examiner si la pratique correspond soit à un usage facultatif, soit à une coutume obligatoire. La pratique, en effet, n'est pas uniforme et les conditions d'existence du premier élément de la coutume ne sont donc pas réunies.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, parlons maintenant de la seconde catégorie des droits que le Portugal revendique. Il demande le droit de transit pour les biens à travers le territoire indien, transit limité à ce qui est nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise.

A ce sujet d'abord une observation générale. La plupart des enclaves, comme Büdingen depuis 1947, si mes informations sont exactes, Campione depuis la création du canton du Tessin en 1801, Basutoland en vertu d'un accord entre le Gouvernement britannique et l'Union sud-africaine remontant au 1^{er} septembre 1910, mais aussi Dadrá et Nagar-Aveli, malgré l'abolition de l'union douanière anglo-portugaise en 1890, sont, au point de vue douanier, une partie intégrante du territoire qui les entoure. En revanche, ce n'est pas le cas des enclaves belgo-hollandaises, qui font partie du système économique belge et hollandais, si je suis bien informé, bien que les informations soient assez difficiles à obtenir à ce sujet, l'enclave belge du système belge, l'enclave hollandaise du système hollandais. Une autre enclave n'est pas économiquement incorporée dans l'État qui l'entoure, mais reste une entité économique et

douanière liée au pays dont elle fait politiquement effectivement partie. C'est le cas de Llivia, entourée du cordon douanier français. Elle est donc un îlot économique entouré par un territoire douanier étranger.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une première réflexion vient à l'esprit. Comme pour le régime des forces publiques, il n'y a donc pas d'uniformité dans le régime économique des enclaves. Dans ces conditions, il ne peut plus y avoir, il n'y a plus cette règle fondamentale commune que M. le professeur Bourquin considère, avec raison, comme étant le fondement même d'une règle coutumière. En effet, la règle de droit international applicable diffère selon le régime économique qui domine les relations de l'enclave avec son voisinage.

Si l'enclave reste économiquement séparée du territoire qui l'entoure et reste donc économiquement rattachée à l'État dont elle fait politiquement partie, des mesures conventionnelles doivent être prises pour assurer le passage des biens du territoire de l'enclave aux autres parties du territoire national. C'est ainsi que l'on a procédé pour Llivia, dont le sort économique n'est pas séparé de son sort politique. En effet, le traité franco-espagnol de 1866 que j'ai déjà mentionné prévoit à la fin de l'article 21: « Le service des douanes devra être établi de part et d'autre de façon à ne pas gêner la jouissance de ces franchises », c'est-à-dire de la franchise relative au libre passage des personnes et peut-être des biens.

Mais ce n'est pas Llivia qui nous intéresse. C'est Dadrá et Nagar-Aveli, intégrées comme le sont Campione, Büsingen et le Basutoland dans le système économique du territoire voisin. Les enclaves portugaises ont été économiquement absorbées par leur voisinage. Cette absorption économique correspond, comme l'a dit le baron Nolde dans un cours professé à l'Académie de La Haye en 1924, II, p. 354, au système de l'annexion douanière. Cette annexion douanière est caractérisée par le fait que l'État qui dirige l'union douanière absorbe généralement un pays minuscule se trouvant sous sa dépendance économique. Ce type d'union douanière est beaucoup plus complet que celui qu'on lui oppose souvent, c'est-à-dire l'association de deux pays plus ou moins égaux et qui conservent des droits égaux au sein de l'entente, mais qui ne veulent plus traiter les questions douanières indépendamment l'un de l'autre avec des États tiers.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans le type d'union douanière que nous envisageons, c'est-à-dire celui qu'on a appelé annexion ou accession douanière et auquel appartiennent Dadrá et Nagar-Aveli dans leurs relations avec l'Union indienne, il va de soi que c'est la frontière de l'entité économique globale avec le monde extérieur qui doit être considérée comme la frontière douanière entre les entités qui composent l'union douanière d'une part et l'étranger d'autre part. Les mêmes règles donc doivent s'appliquer sur toute la ligne. Le tarif douanier étant commun sur tous les points, il n'y a même pas d'exceptions de portée limitée quant à son application. Et l'on ne peut présumer aucune exception ni aucun privilège en faveur d'une partie qui ne participe pas à l'union douanière.

C'est à la lumière de ces principes scrupuleusement mis à jour dans une thèse récente de l'université de Genève, due à la plume de M. Blaise Knapp, et intitulée « Le système préférentiel et les États tiers », qu'il y a lieu d'examiner la revendication du Portugal au droit de transit des biens aux et des enclaves. Comme pour les autres enclaves que nous

venons de mentionner et qui participent au même système de l'annexion douanière, comme pour Büsingen, Campione, le Basutoland, aucune restriction ou limitation du tarif douanier, du droit indien des douanes en faveur des enclaves n'a été prévue. Aucune préférence n'a été accordée dans le cadre de l'union douanière indienne pour le transport des biens de Dadrá et Nagar-Aveli à Damão et vice versa. Dans ces conditions, le passage des biens se réalise dans les mêmes conditions que le transport de n'importe quel autre bien d'un endroit de l'union douanière indienne au territoire portugais de Damão.

[Audience publique du 13 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir examiné le droit de passage aux enclaves pour les forces policières et l'armée à la lumière de la pratique contemporaine, nous sommes arrivés à la conclusion qu'il n'existe dans ce domaine ni une coutume obligatoire, ni un usage facultatif, les régimes étant trop différents.

Nous avons ensuite abordé, avec votre permission, Monsieur le Président, la seconde catégorie de droit que le Portugal revendique dans les enclaves. Il demande le droit de transit pour les biens à travers le territoire indien, transit qui est nécessaire, limité en ce qu'il est nécessaire à la souveraineté portugaise.

A ce sujet nous avons déjà vu qu'il y a différents types d'enclaves, et nous avons retenu Dadrá et Nagar-Aveli parmi les types des enclaves qui sont économiquement absorbées par leur voisinage, économiquement annexées, d'après la formule heureuse du baron Nolde.

Il va de soi que c'est la frontière de l'entité économique globale, comme je l'ai expliqué, avec le monde extérieur qui doit être considérée comme la frontière douanière entre les entités qui composent l'union douanière d'une part et l'étranger d'autre part. Comme à Büsingen, Campione et au Basutoland, aucune restriction ou limitation du tarif indien des douanes en faveur des enclaves était prévue; aucune préférence n'a été accordée non plus dans le cadre de l'union douanière indienne pour le transport des biens de Dadrá et Nagar-Aveli à Damão et vice versa. Dans ces conditions, le passage des biens se réalise dans les mêmes conditions que le transport de n'importe quel autre bien d'un endroit de l'union douanière indienne au territoire portugais de Damão.

On pourrait toutefois invoquer contre ce raisonnement une critique fondée sur la distinction artificielle, très artificielle, faite par nos honorables contradicteurs entre le droit de transit et la réglementation du droit de transit, comme je viens de dire, définition artificielle et inadmissible, comme l'a déjà démontré pertinemment le professeur Rolin.

En effet, nos honorables contradicteurs pourraient dire, c'est l'hypothèse, que l'union douanière indienne est certes autorisée à réglementer le droit de passage des biens et, par exemple, à percevoir des droits de douane, mais qu'elle ne peut pas interdire le transit des biens entre une enclave rattachée au territoire national dont l'enclave fait partie et ce territoire national lui-même.

Cette opinion, si elle était effectivement présentée, trouverait-elle l'appui d'une règle coutumière de droit international? Pour que tel soit le cas nos éminents confrères de l'autre côté de la barre devraient effectivement prouver l'existence d'un droit de transit spécifique au profit de

l'enclave et de l'État auquel elle appartient politiquement, et ceci indépendamment des dispositions qui régissent le régime des unions douanières. La charge de la preuve serait la leur. En d'autres termes, on devrait apporter, par exemple, la preuve que la Confédération suisse accorde à l'Italie pour l'enclave de Campione un droit de transit des biens, qu'elle accorde ce même droit à l'Allemagne pour l'enclave de Büsingen; et que ceci se situe en dehors du cadre de ce qui est prévu au sein de l'union douanière elle-même. La même démonstration devrait être faite pour l'Union sud-africaine, pour l'enclave britannique du Basutoland.

En outre, il serait indispensable que cette pratique soit uniforme, concordante et qu'elle se rapporte à toutes les enclaves et seulement aux enclaves faisant partie du système douanier de l'État enclavant.

L'existence d'un tel usage ou d'une telle coutume n'a jamais été invoquée par la Partie adverse, ni dans la correspondance diplomatique, ni dans cette procédure. En effet, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette pratique est inexistante.

En conséquence, il n'y a pas trace d'une règle coutumière dans ce domaine, et l'enclave suit uniformément le destin économique du pays auquel elle appartient économiquement dans le cadre de l'union douanière. Pour Dadrá et Nagar-Aveli c'est la soumission au régime de l'union douanière indienne, comme c'est, pour Campione et Büsingen, la soumission au régime en vigueur dans la Confédération suisse.

Enfin, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une dernière observation s'impose au sujet du transit des biens.

Peut-être est-il possible que l'État du passage fasse unilatéralement une concession et accorde, pour certains biens déterminés provenant de l'enclave, une licence d'exportation dans des conditions différentes de ce qui est en général le cas pour les biens exportés en application du tarif douanier de l'union économique à laquelle l'enclave appartient. Il s'agit alors d'une faveur unilatéralement accordée par l'État du passage, faveur qui peut aussi être unilatéralement révoquée. Cette question n'entre cependant plus dans le cadre de la coutume générale, il sera démontré lorsque mes confrères examineront les titres particuliers qu'à aucun moment le Gouvernement de l'Inde britannique ou de l'Union indienne n'a admis une obligation juridique en vertu de laquelle le Gouvernement de l'Inde était tenu d'accorder le droit de passage pour certains biens provenant des enclaves et acheminés vers le territoire portugais de Damão ou inversement. Je me réfère pour le moment aux observations faites à ce sujet par M. l'*Attorney General* dans son intervention du vendredi 9 octobre et à l'examen ultérieur, comme je viens de le dire, des titres particuliers, spécialement de la période britannique. J'aurai d'ailleurs l'occasion d'y revenir très sommairement moi-même lorsque j'examinerai la soi-disant coutume locale qui aurait existé à ce sujet.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement du Portugal, comme nous l'avons déjà dit, ne revendique pas seulement le passage de la force publique, de la police et des biens jusqu'aux enclaves pour l'exercice de sa souveraineté. Il demande également, si nous le comprenons bien, le passage des personnes privées. A quel titre? Ceci est mystérieux, parce que ce passage n'entre pas dans les problèmes relatifs aux conséquences de la reconnaissance de la souveraineté du Portugal sur les enclaves, à laquelle le Gouvernement du Portugal attache une si grande importance. A vrai dire, dans les conclusions, il

n'est que très discrètement question du passage des individus. Je trouve une trace bien modeste du droit de passage d'individus à la page 16¹ des conclusions, où il est dit :

« qu'il n'existe, pour l'Inde, aucune raison légitime de demander que les autres modalités de l'exercice du droit de passage [qui ne se rapportent pas au passage des forces armées] soient également suspendues ».

Ce passage des conclusions du Portugal est établi dans le chapitre en rapport avec ces mesures interlocutoires, dont vous a déjà entretenu M. Rolin. Il a déjà attiré votre haute attention sur ce curieux et mystérieux passage.

Lorsque nous examinons le passage des personnes privées, ou plutôt le statut du passage des personnes privées des différentes enclaves, j'avoue que les informations recueillies sont moins précises et plus précieuses que pour le passage de la force armée, de la police et des biens.

Et ce n'est pas un accident. Cela s'explique par le fait qu'en général le passage des individus aux et des enclaves est englobé dans un régime de voisinage général ou spécial, un régime frontalier. C'est ainsi que l'article 21 du traité franco-espagnol du 14 juillet 1866 concernant Llivia dispose :

« Conformément à la convention du 12 novembre 1660 sera maintenue en franchise de tous droits l'usage libre des chemins à travers l'enclave de Llivia et le territoire de Puycerdan en faveur des Français qui se rendront d'un village à l'autre de la Cerdagne française tant pour l'exploitation de leurs terres que pour les opérations de commerce et tous les autres usages de la vie. La même liberté et la même franchise sont également conservées aux Espagnols à travers les territoires français entre Llivia et Puycerdan par le chemin direct qui unit ces deux villes en traversant la Raour par le pont de Llivia qui appartient moitié à la France moitié à l'Espagne. Le service des douanes devra être établi de part et d'autre de façon à ne pas gêner la jouissance de ces franchises. »

Il s'agit donc d'un régime de réciprocité.

En ce qui concerne Büsingen, ce n'est pas l'accord des 13/14 novembre 1928, c'est-à-dire l'échange de notes germano-suisse concernant la circulation des militaires et des fonctionnaires de police, qui règle la matière du passage des personnes privées. Ce sont les dispositions générales sur le trafic frontalier entre l'Allemagne et la Suisse, qui sont également applicables à l'enclave de Büsingen. Il n'existe donc aucune règle spéciale, aucun régime particulier pour l'enclave. Les facilités frontalières admises pour les personnes qui habitent les deux côtés de la frontière valent également pour Büsingen. La solution est la même pour Campione. C'est l'article premier de la convention relative à la navigation sur le lac Majeur et le lac de Lugano de 1923 qui est applicable également aux personnes venant de l'enclave italienne et s'y rendant. Il n'existe donc non plus de réglementation particulière. Il se peut d'ailleurs, comme M. le professeur Bourquin l'affirme pour le Basutoland, qu'il n'y ait aucune réglementation pour le passage. Faut-il admettre avec lui que le régime est alors coutumier? Aucunement. Il peut être tout simplement le résultat de rapports de bon voisinage, comme c'est le cas — nous y reviendrons plus tard — pour les États qui n'ont pas de propre littoral maritime et qui n'ont pas conclu d'accord de passage pour la circulation des per-

¹ Voir p. 634, note en bas de page.

sonnes et des marchandises avec leurs États voisins, États ayant un accès direct à la mer. A vrai dire, la situation du Basutoland est plus proche de celle d'un État enclavé que d'une enclave telle que nous la concevons dans le cadre de cette procédure.

Quelles conclusions tirer de cette rapide recherche sur le passage des personnes privées? Je pense que nos honorables contradicteurs seront d'accord avec nous pour admettre que le transit des personnes privées n'est pas une question relevant uniquement du régime juridique des enclaves. Le problème est réglé, soit unilatéralement par le pays dont dépend le territoire du passage, soit dans le cadre d'accords frontaliers d'un caractère plus général, soit enfin dans d'autres conventions bilatérales ou même multilatérales sur la circulation des personnes et des biens.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir passé en revue les différents états de faits, celui du passage de la force armée et de la police, celui du passage des biens et celui du passage des personnes privées, tirons à présent une conclusion quant à l'existence d'une règle coutumière uniforme relative au droit de passage vers et des enclaves.

Ni pour le passage de la force armée, ni pour celui de la police et ni pour le passage des biens, ni pour celui des personnes privées, il n'est possible d'arriver à une conclusion affirmative quant à l'existence d'une telle règle coutumière. Il n'est pas possible de soutenir:

a) qu'une conduite uniforme est adoptée chaque fois que l'occasion s'en présente,

b) que cette conduite est conforme à la règle suggérée par le Gouvernement du Portugal, c'est-à-dire que l'État encerclant l'enclave est tenu d'assurer les communications nécessaires pour l'exercice de la souveraineté territoriale sur les enclaves sans qu'il existe à ce sujet un arrangement conventionnel. La règle qui prévaut dans la pratique est à l'opposé des conclusions portugaises. Il en est ainsi, en tout cas, lorsque l'enclave est englobée dans l'union douanière de l'État de passage et que ce dernier s'est réservé le pouvoir discrétionnaire d'interdire le passage de la force armée et de la force policière, en particulier lorsque ces éléments de la puissance publique devraient être affectés à la répression ou à la prévention de troubles politiques, sociaux ou économiques.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous pourrions nous arrêter ici. Mais il nous semble utile d'ajouter à notre démonstration concrète quelques observations supplémentaires d'un caractère plus général.

La première observation se rapporte à la question soulevée par M. le doyen Telles et M. le professeur Bourquin quant à l'existence du deuxième élément de la coutume, celui de l'*opinio juris sive necessitatis*, ou, comme on l'a appelé également, l'élément psychologique de la coutume. A vrai dire, cette question ne présente qu'un intérêt académique, une fois qu'il est prouvé, comme nous croyons l'avoir fait, que le premier élément de la coutume, un usage commun et concordant relatif au droit de passage dans les enclaves, fait défaut. Toutefois, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous pensons qu'il est opportun d'examiner sommairement cette question qui a été abondamment étudiée par nos honorables contradicteurs. Cette étude, à vrai dire, ne s'impose, de notre part, que pour le cas où la Cour ne serait pas disposée à adopter notre manière de voir quant à l'inexistence d'une pratique uniforme et concordante relative au droit de passage en général, ou pour une catégorie particulière du droit de passage, police et troupes, biens et personnes privées.

Monsieur le Président, admettons pour un moment l'hypothèse qu'il existe une pratique conforme à la revendication portugaise relative au droit de passage. Devrait-on alors considérer cette pratique comme obligatoire de plein droit, surtout si elle correspondait au sentiment de la nécessité sociale ou à la justice dans la conduite observée, comme l'a affirmé M. le doyen Telles (compte rendu, séance du 28 septembre 1959, p. 334)? Ou faut-il, comme nous le soutenons, ainsi que les propres conclusions du Portugal — qui seules devront être prises en considération en vue de déterminer l'attitude de l'État demandeur —, qu'un autre élément soit présent, à côté de la pratique générale et uniforme, c'est-à-dire que le destinataire de la coutume ait la conviction juridique qu'il applique une règle de droit?

Qu'il me soit permis d'abord d'aborder une question préalable. Je n'ai pas l'intention, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de discuter des questions doctrinales devant votre haute juridiction et surtout pas celle de savoir si, du point de vue juridico-politique et scientifique, il serait possible de remplacer par une formule différente, peut-être plus satisfaisante quant aux conditions probatoires de la coutume, l'article 38, alinéa 1, *litt. b*), du Statut de la Cour qui définit le droit coutumier comme preuve d'une pratique générale, comme étant le droit. Cette question fait l'objet de controverses doctrinales auxquelles j'ai participé et auxquelles j'espère participer également dans l'avenir. Toutefois, la discussion en est d'autant plus théorique qu'au point de vue du droit positif la question est pour le moment réglée. Le texte de l'article 38, alinéa 1, lettre *b*), est formel. La jurisprudence de la Cour s'est fixée dans un sens très précis. L'article 38, chiffre 1, lettre *b*), dispose en effet, je le répète:

« La Cour applique ... la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit. »

Personne — même ceux qui critiquent cette formule dans le cadre de discussions doctrinales — n'a contesté que ce texte lie la Cour. Personne n'a contesté qu'il prévoit que l'usage — pour être considéré comme coutume obligatoire — doit être prouvé, en ce sens que la pratique générale qu'il consacre doit correspondre à une règle de droit positif déjà existante. D'ailleurs, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'étude historique du droit des gens révèle une préoccupation constante pour la recherche du critère permettant de distinguer l'usage facultatif de la coutume obligatoire. Et cette préoccupation est partagée par ceux qui critiquent la formule actuelle de l'article 38. Les critères acceptés par la doctrine et par la pratique ont changé au cours des siècles de l'histoire du droit des gens. Celui qui est admis dans le droit positif, surtout en ce qui concerne la juridiction de la Cour, c'est l'article 38, alinéa 1, lettre *b*), du Statut.

Quel est le sens exact de la formule de l'article 38, alinéa 1, lettre *b*), « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit »?

Une chose me paraît certaine à cet égard. Pour qu'il y ait plus qu'un simple usage facultatif, c'est-à-dire pour qu'il existe un usage obligatoire, une coutume obligatoire, il faut: *a*) qu'il y ait une pratique préexistante et uniforme; *b*) que ceux qui exécutent cette pratique préexistante et uniforme agissent, pour employer les termes d'Anzilotti:

« avec la conviction d'observer une norme juridique ».

En d'autres termes, il ne suffit pas que les destinataires de la règle soient persuadés de l'utilité de la pratique existante pour que cette pratique soit considérée conforme au droit positif. Il ne suffit pas non plus que cette pratique corresponde à certaines aspirations sociales ou politiques. Il ne suffit enfin pas, comme le pense le doyen Telles :

« qu'une nécessité intersociale ou internationale anime ou motive l'organe qui exécute une règle conforme à une pratique précédente ».

Il est tout aussi impropre et inopportun d'employer l'expression *animus* de la coutume, comme M. le professeur Telles le suggère. Toutes ces notions traduisent un élément subjectif exprimant des sentiments, souvent fort légitimes, ou des aspirations inspirées de notions plus ou moins vagues et générales du droit naturel. Or, l'organe qui se considère lié par un usage doit être persuadé non seulement de se conformer d'une manière constante et effective à un usage utile et opportun, mais doit être persuadé qu'il exécute une règle de droit positif. Et il doit être persuadé que, s'il agissait différemment, contrairement à la pratique constante et uniforme, contrairement au sentiment d'exécuter une règle de droit positif, il commettrait un acte illicite, une violation du droit international, violation susceptible d'entraîner une sanction. Ceci dit, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous sommes, de ce côté de la barre, d'accord avec M. le professeur Bourquin (C.R., p. 507) lorsqu'il déclare que le droit international admet différents moyens de preuves pour démontrer la conviction générale des destinataires d'une pratique concordante et pour prouver que cette pratique correspond effectivement à une règle objective du droit international positif. Toutefois, même en admettant différents moyens de preuves, l'élément psychologique ne sera pas facile à prouver. C'est ce qui ressort des trois décisions dans lesquelles la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice se sont prononcées sur ce qu'il faut entendre par *opino juris sive necessitatis*.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, examinons, de notre côté, ces affaires l'une après l'autre, en commençant par la première décision celle : du *Lotus* (C. P. J. I., Série A, n° 10). La Cour permanente avait examiné le point de savoir si l'omission constante et répétée de poursuites pénales contre le capitaine d'un navire étranger responsable d'un abordage en haute mer avait entraîné la création d'une règle coutumière réservant la poursuite pénale aux tribunaux de l'État du pavillon. Au lieu de rechercher si la conscience d'un devoir de s'abstenir existait en l'occurrence, la Cour s'est bornée à constater que si les États s'étaient souvent abstenus d'exercer des poursuites pénales en pareil cas, il n'en résultait pas pour autant qu'ils se reconnussent obligés de s'en abstenir. En d'autres termes, la Cour exigeait la preuve, directe ou indirecte, et en tout cas la preuve que les destinataires de la prétendue règle coutumière avaient conscience d'accomplir selon une pratique uniforme une obligation juridique en vue d'exécuter une règle de droit.

Contrairement à ce que M. le professeur Bourquin a prétendu (compte rendu, p. 509), la Cour ne s'est pas contentée de constater la diversité de la pratique. La phrase célèbre, qui se trouve dans le corps de la décision et que je tiens à citer textuellement, le témoigne. Voici cette phrase :

« ... or, c'est seulement si l'abstention [des poursuites judiciaires hors des tribunaux de l'État du pavillon] était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale » (C. P. J.-I., Série A, n° 10, p. 28).

Passons maintenant à l'*Affaire du Droit d'asile* (C. I. J. Recueil 1950, p. 286). La Cour internationale de Justice s'exprime de la manière suivante :

« De façon plus générale, des considérations de convenance ou de simple opportunité politique semblent avoir déterminé l'État territorial à reconnaître l'asile sans que cette décision lui fût dictée par le sentiment d'un devoir juridique quelconque. »

Contrairement à ce que pense mon éminent maître et collègue de l'autre côté de la barre, ce ne sont pas les contradictions, les discordances que la Cour a révélées dans l'attitude des États américains qui ont motivé la Cour de ne pas reconnaître la règle coutumière en matière d'asile suggérée par la Colombie, mais l'absence d'un sentiment de devoir juridique qui était déterminante pour l'attitude négative de la Cour. Les contradictions, les discordances étaient des éléments de fait, des éléments de fait très importants, éléments de fait qui ont facilité à la Cour de conclure à l'absence de l'*opinio juris sive necessitatis*. C'est dans cette décision que se trouve également le passage, maintes fois reproduit dans la doctrine et dans la jurisprudence, qui exige une pratique constante et uniforme comme premier élément de la coutume. Voici les termes employés par la Cour :

« La Partie qui invoque une coutume de cette nature doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. Le Gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l'État octroyant l'asile et un devoir incombant à l'État territorial. Ceci découle de l'article 38 du Statut de la Cour, qui fait mention de la coutume internationale « comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ». »

Ce passage indique à mon avis très bien que la coutume générale n'est constituée que si les deux éléments coexistent : l'usage constant et uniforme d'une part, et d'autre part qu'il ne s'agisse pas simplement d'un usage constant et uniforme facultatif, mais d'une coutume obligatoire, résultant de la conscience juridique de celui qui exécute cet usage d'exécuter une règle de droit. C'est ce passage qui a été d'ailleurs repris en 1952 dans l'arrêt de la Cour internationale de Justice relatif aux *Ressortissants des États-Unis au Maroc* (C. I. J. Recueil 1952, p. 200).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, peut-on affirmer, lorsqu'on examine les différents régimes des enclaves, que des actes unilatéraux et sans liens ni coordination les uns à l'égard des autres, qui règlent le passage de la force armée, de police, des biens, des personnes privées, permettent de dégager une pratique cohérente, constante, uniforme, acceptée par les destinataires de la coutume ? Peut-on également affirmer que ces actes sont acceptés, en particulier par les États détenteurs d'un territoire de passage, comme étant conformes au sentiment juridique d'exécuter un devoir juridique, pour employer le langage utilisé par la

Cour internationale dans les affaires de *l'asile* et du *Maroc*? Poser la question, c'est y répondre négativement. En ce qui concerne le passage des troupes et des forces de police, il suffit de rappeler le régime de Llivia qui interdit explicitement tout passage, et les régimes de Campione et de Büsingen où l'État détenteur de la souveraineté sur le territoire de passage, la Confédération suisse, s'est montré particulièrement soucieux de prévenir tout reproche d'intervention dans les affaires intérieures de l'État voisin. A cet effet, elle a fait inscrire dans la convention relative à la frontière badoise qui comprend Büsingen, convention acceptée par l'Allemagne, l'interdiction du passage des troupes destinées à prévenir des désordres politiques ou à réprimer ceux qui auraient éclaté. Quant à Campione, le Gouvernement fédéral suisse s'est opposé catégoriquement, dans une conférence diplomatique, aux prétentions de l'autre partie, le Gouvernement de l'Italie fasciste, qui exigeait une autorisation générale accordée à tous les bateaux militaires de passer par les eaux territoriales suisses pour atteindre Campione.

Pour ce qui est du transit des biens, le sentiment d'exécuter une obligation juridique autorisant le transit n'a certes pas pu naître pour l'État détenteur du passage. En effet, comme nous l'avons démontré, lorsque l'enclave est économiquement englobée dans le territoire de l'État qui l'entoure, ce qui est le cas pour les enclaves portugaises en Inde, elle suit la destinée économique de l'État enclavant.

Enfin, pour la pratique relative aux personnes, la question soulevée trouve sa réponse dans les faits eux-mêmes, ce passage ne comportant aucun des éléments constitutifs particuliers du droit de passage vers les enclaves.

Il me reste dans ce contexte cependant à dire encore un mot à propos d'un critère particulier de *l'opinio juris sive necessitatis*, un critère particulier qui, d'ailleurs, comme l'a déjà dit le professeur Rolin, est le *leitmotiv* du système de défense du Portugal, depuis la requête introductive d'instance jusqu'à la procédure orale sur le fond. Il s'agit de l'adage « *nécessité fait loi* ». Je me vois contraint d'y revenir, mon éminent contradicteur, M. le professeur Bourquin, en ayant parlé plus particulièrement dans l'audience du jeudi matin *rer* octobre (C. R., p. 509) lors de l'examen de la coutume générale. Il a affirmé que l'usage du droit de passage n'est pas seulement facultatif mais obligatoire, parce qu'il est nécessaire, et à ce sujet il a donné un exemple, l'exemple suivant:

Un diplomate peut exercer ses fonctions sans avantages fiscaux et c'est pour cette raison que le Gouvernement local peut avoir la conviction, en cette matière, qu'il n'a pas à se conformer à une obligation coutumière de droit international. Toutefois, lorsque l'usage est imposé par les faits mêmes, lorsqu'il devient nécessaire, la situation est différente et l'usage devient obligatoire. Cette situation est réalisée — selon l'avis du professeur Bourquin — lorsqu'il s'agit de transit nécessaire pour l'exercice de la souveraineté de l'État sur une parcelle enclavée de son territoire. Cette argumentation perd cependant toute valeur lorsque, comme c'est le cas pour le passage vers les enclaves, aucune pratique uniforme, aucun usage préétabli ou concordant n'existent dans le sens où l'entend le Portugal. Admettons cependant, aussi ici par pure hypothèse, que le contraire soit vrai et qu'une telle pratique uniforme existe, comme le suggère et le soutient notre honorable contradicteur. Pourrait-on alors prétendre que le principe « *nécessité fait loi* » puisse constituer le second élément de la coutume, soit l'expression correcte de *l'opinio juris sive*

necessitatis telle qu'elle est consacrée à l'article 38, chapitre. I, *litt. b*), du Statut de la Cour?

Avec votre permission, Monsieur le Président, permettez-moi d'examiner quatre situations internationales différentes qui expliqueront peut-être mieux qu'une discussion abstraite les données du problème soulevé par le professeur Bourquin.

Premier exemple: Il rejoint un exemple déjà donné par M. le professeur Rolin, mais je le reprends, toujours en relation avec la coutume internationale. La pratique de l'accès de la mer des États enclavés sans littoral maritime a fait dans le passé l'objet de nombreuses conventions. Il n'est certes pas imprudent de prétendre que le droit de passage, surtout pour le transport des personnes et des biens, vers la mer, des États enclavés est plus généralisé et probablement aussi plus uniformément appliqué dans la pratique internationale que le droit de passage pour les personnes et les biens vers les enclaves dans le sens que nous l'entendons dans ce procès. La nécessité d'accorder le droit de passage aux États enclavés est certainement plus impérieuse que pour les petits fragments territoriaux nationaux généralement enclavés dans la communauté économique de leur voisin, l'État de passage. Toutefois, malgré l'intérêt vital (nécessité fait loi) de la Suisse, de l'Autriche, de la Tchécoslovaquie, de l'Afghanistan, et d'autres États dans la plupart des continents, on n'est pas arrivé à consacrer un droit de passage en faveur des États enclavés, ni à la conférence maritime de Genève en 1958, ni à d'autres occasions. Pourtant ce droit, s'il n'est pas coordonné, est largement uniforme dans la communauté internationale et se fonde sur un réseau de traités bilatéraux et multilatéraux qui ont beaucoup d'éléments communs.

Les raisons pour lesquelles il n'existe en ce domaine pas de règle coutumière ont été exposées d'une manière pertinente par la Cour permanente de Justice internationale, dans son avis consultatif du 15 octobre 1931 relatif au *trafic ferroviaire entre la Lithuanie et la Pologne* (Série A/B, n° 42). La Cour a déclaré avec raison qu'il n'existait pas d'obligations *spécifiques* pour les États d'ouvrir certaines voies de communications déterminées. Les obligations spécifiques, comme le déclare la Cour à juste titre, ne sont établies que par des conventions internationales. Il n'existe donc dans ce domaine aucune règle coutumière.

Deuxième exemple: Il se peut qu'un port maritime soit séparé de l'embouchure du fleuve par le territoire d'un autre État. Cette dernière situation est, par exemple, celle d'Anvers, qui est séparée de la mer du Nord par la partie hollandaise de l'Escaut. Une convention internationale est alors nécessaire (nécessité fait loi) pour assurer le passage par la partie maritime du fleuve. Tel est en tout cas l'avis de l'auteur le plus compétent en la matière, M. van Eysinga, ancien juge à la Cour permanente de Justice internationale (*Bibliotheca Visseriana*, t. II, p. 134).

Troisième exemple: On a affirmé dans la doctrine que les États en amont des fleuves internationaux ont un droit de transit, un droit de passage, sur ces fleuves, afin d'avoir accès à la mer et aux territoires en aval. On est même allé plus loin en affirmant une liberté générale de communication et de transit sur les fleuves internationaux. Mais il n'y a pas de fleuve international sans convention, soit une convention entre États riverains dans tous les cas, soit une convention entre États riverains et États tiers, si le droit de transit doit être étendu à ces derniers. La Cour permanente l'a reconnu dans l'*Affaire de l'Oder* (C. P. J. I.,

Série A, n° 23, p. 27), où elle a déclaré que le *statut de Barcelone de 1921*, sur le régime des voies navigables, n'est pas applicable en l'espèce et qu'en conséquent le droit de transit plus général qui est prévu n'est pas valable pour l'Oder.

En ce qui concerne enfin le passage par les airs, il est bien connu que le territoire aérien de l'État est soumis à la souveraineté exclusive et n'est en tout cas grevé d'aucun droit de passage. C'est ainsi que la convention de Paris de 1919 et celle de Chicago de 1946 contiennent des dispositions expresses à ce sujet (art. 15, respectivement art. 5 et 6). Le caractère territorial de l'espace ne souffre pas non plus d'exception lorsqu'il s'agit de transit d'une partie du territoire national à une autre partie qui est séparée de la première par le territoire d'un État tiers. C'est le cas, par exemple, pour les deux parties du territoire du Pakistan qui sont séparées les unes des autres par le territoire intermédiaire de l'Union indienne. Le passage dans l'espace aérien appartenant à l'Union indienne, il présuppose aussi, dans ce cas, incontestablement le consentement de l'Union indienne, comme il ressort très nettement de l'arrangement entre l'Inde et le Pakistan du 23 juin 1948.

Voici ce que l'on peut conclure de l'examen de ces quatre situations :

Le principe « nécessité fait loi » ne saurait se substituer au principe traditionnel reconnu par la Cour lorsqu'elle définit l'*opinio juris sive necessitatis*, l'élément psychologique, le deuxième élément de la coutume, et cela même dans des situations territoriales où la nécessité du passage est plus impérieuse que pour le passage aux enclaves.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à l'audience du 1^{er} octobre, M. le professeur Bourquin a prétendu que les conventions relatives aux enclaves sont dans une large mesure l'expression d'une règle coutumière préexistante, que leur objet est simplement d'organiser entre les États contractants l'application d'une norme de droit commun.

Le fondement du régime institué par le traité ne se trouverait alors plus dans le traité lui-même, il se trouverait dans la norme générale que le traité organise. Les traités relatifs aux enclaves entreraient dans cette catégorie de traités et seraient donc des traités, des conventions d'organisation fondés sur une règle coutumière générale qui servirait ainsi de base pour la validité juridique des traités d'organisation.

L'admission de cette thèse, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, se heurte cependant, dans notre domaine de la coutume générale, à certaines difficultés dont la plus importante et la plus décisive nous paraît être le fait que les obligations fondamentales de l'État territorial en matière de droit de passage ne sont pas les mêmes, et ne sont ni concordantes ni uniformes, comme nous croyons l'avoir suffisamment démontré. Il n'y a donc pas de dénominateur commun qui permet de réduire le régime du passage aux enclaves à une règle coutumière générale, règle qui servirait de fondement juridique à la validité du régime qui trouve son expression dans différentes conventions.

D'ailleurs, même si les conventions relatives aux enclaves étaient concordantes, uniformes, quant à leur contenu, cette concordance ne changerait guère les données du problème, et c'est notre seconde difficulté.

Il est certes possible, comme l'affirme M. Bourquin, que le droit international coutumier se concrétise sous la forme d'un ou de plusieurs traités. Toutefois, le fait que les différents traités aient un contenu

identique, ou qu'ils règlent le même objet, n'entraîne pas fatalement la création d'une règle coutumière. C'est ainsi, par exemple, que les traités d'établissement, de consulat, et surtout d'extradition, si nombreux dans la communauté internationale, et contenant souvent les mêmes règles de droit, très souvent ne sont pas devenus l'expression d'une règle coutumière.

Pour que le contenu des traités acquière le caractère et la dignité d'une règle coutumière il est indispensable que les normes formées par voie de convention se transforment en règle coutumière, devenant ainsi des règles valables, indépendamment des conventions. Une telle règle coutumière ne saurait être déduite ni des conventions relatives aux enclaves contemporaines, ni des conventions relatives aux enclaves désuètes et abrogées dont nous entretenons le professeur Bauer, car il s'agit toujours de situations individuelles ne pouvant être réduites à un dénominateur commun.

Il nous reste enfin dans ce contexte, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à faire une dernière observation au sujet de la coutume.

Elle rejoint le reproche fait par le professeur Rolin dans cette procédure, reproche qui a été déjà d'ailleurs fait dans la procédure relative aux exceptions préliminaires. Nous prétendons et continuons à prétendre de ce côté de la barre que le droit coutumier général invoqué par le Portugal n'est pas un droit susceptible de consécration par la voie jurisprudentielle. Le droit revendiqué par lui est si indéterminé, si vague, que la Cour ne peut le reconnaître, car il ne pourrait être appliqué, ni par l'État défendeur, ni par l'État demandeur, surtout s'il doit s'exercer sans le bénéfice d'une certaine immunité pour les forces armées et la police sur le territoire de passage.

Dans ces conditions, le droit que le Portugal possède de transiter par le territoire indien dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli n'est pas un droit coutumier au sens de l'article 38 du Statut de la Cour.

Pour le démontrer je n'ajouterai qu'un exemple à ceux mentionnés par le professeur Rolin, afin de ne pas trop prolonger un débat qui a déjà longtemps duré et dont l'issue ne devrait, à notre avis, faire aucun doute.

Je pourrais reprendre les autres exemples mentionnés par le professeur Bourquin, présentant les mêmes caractéristiques que celui dont je vais m'occuper, mais je me bornerai à l'exemple de la diligence due (de la *due diligence*) pour la seule raison, parce que c'est un exemple qui se rapporte au droit coutumier général. En effet, presque tous les autres exemples qui ont été mentionnés par M. le professeur Bourquin sont des exemples pris dans le domaine du droit conventionnel.

Mon éminent maître, en effet, a prétendu que la notion de la diligence due, la notion de la diligence appropriée aux circonstances, comporte les mêmes caractéristiques et imprécisions que la formule portugaise. Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à ce sujet, je me permets d'abord de constater que la formule de la diligence due (de la *due diligence*) est établie pour les différentes règles où elle intervient; car elle intervient dans différentes règles. Elle constitue un critère permettant de déterminer si un certain acte ou une certaine omission constitue une violation du droit des gens entraînant la responsabilité de l'État auteur de la violation. Ainsi il y a une obligation de diligence pour la protection des étrangers en territorial national qui diffère de la diligence due en

matière de protection des agents diplomatiques, ou de la protection, en temps de guerre, des prisonniers de guerre.

Un autre exemple est la diligence à la charge des organes-individus de l'État neutre en vertu de l'article 8 de la treizième convention de La Haye de 1907 qui reproduit une coutume générale prescrivant à l'État neutre de veiller, dans la mesure des moyens mis à sa disposition, à ce que les hostilités n'aient pas lieu dans ses ports, ses rades et ses eaux territoriales. En tout cas, depuis l'arbitrage de l'*Alabama* et même occasionnellement déjà auparavant, le critère de la diligence due (de la *due diligence*) a donné lieu à des divergences de vues marquées. Mais malgré cela, la diligence due, et malgré ces controverses, n'est pas une formule vague.

Lorsque la question de la *due diligence* se pose elle ne soulève qu'un problème d'interprétation ordinaire, comme il en existe pour presque tous les principes et presque toutes les règles du droit des gens. Dans le cadre de cette interprétation on doit choisir — par exemple, lorsqu'il s'agit de la protection des étrangers — entre le critère du standard minimum des États civilisés et le critère du standard national de l'État qui est censé avoir commis une infraction contraire au droit international à l'égard des étrangers.

La diligence due est donc différente d'après l'une ou l'autre des interprétations qu'on en donne. En revanche, contrairement à la notion de la diligence due, la formule portugaise doit nécessairement être *corrigée* et *complétée* par des actes législatifs, pas seulement par des actes d'application du droit, mais des actes de création du droit. La formule portugaise comporte donc deux défauts fondamentaux: défauts qu'il faut nettement distinguer l'un de l'autre.

D'une part, la revendication d'un passage aux enclaves, sans aucune immunité, surtout pour les forces de police et les forces militaires, confère à la formule un élément artificiel. Il faut en effet concevoir au moins un noyau d'immunité irréductible pour qu'il soit possible que le passage de la force armée et de la police se réalise dans le territoire de l'État du passage.

Il est impossible d'y renoncer unilatéralement; ainsi que par exemple, sans l'accord de l'Inde, à l'instar de l'accord germano-suisse de 1928 où les deux parties ont renoncé explicitement à l'exercice des actes de service lors du passage des troupes et de la police sur le territoire de l'autre partie, il ne peut pas être question de réglementation ou de renonciation à cette immunité.

Ce qui est cependant plus important encore, c'est que la définition proposée ne doit pas seulement être corrigée, mais que la définition proposée est incomplète. Il lui manque certains éléments essentiels, certains éléments de réglementation toujours consacrés dans une règle coutumière. Il est vrai que la réglementation de la règle coutumière, comme celle de toute autre norme de droit général, n'est pas poussée jusqu'au moindre détail. Jamais, cependant, elle ne fait dépendre le droit que la règle coutumière accorde à un État d'un *acte condition* stipulant que le droit n'est accordé que dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté. Les règles coutumières sont d'une structure simple et sont l'expression d'une pratique générale, d'un usage. On ne discerne, il est vrai, dans les contours que les règles de base, mais jamais ces éléments de base sont assortis de conditions que la mise en œuvre même de la règle coutumière ne peut se faire sans réglementation complémentaire, c'est-à-dire conventionnelle.

Examinons des règles comme l'immunité judiciaire des diplomates, règle coutumière générale, le passage inoffensif par la mer territoriale, règle coutumière générale. Même le principe coutumier, invoqué par le professeur Bourquin, d'un lien nécessaire entre la mer côtière et la configuration terrestre par le tracé des lignes droites de base adoptées pour la délimitation de l'intérieur de la mer territoriale, et qui a trouvé sa consécration dans l'arrêt de la Cour relatif à l'*Affaire des Pêcheries*. Toujours s'agit-il, lorsqu'il y a règle coutumière, d'une norme susceptible d'être exécutée unilatéralement, soit par l'État bénéficiaire du droit, soit par l'État soumis à l'obligation prescrite dans la coutume. Il n'est alors pas nécessaire de compléter la règle par les éléments conditionnés par le résultat de négociations bilatérales, comme c'est le cas pour l'application de la formule portugaise.

L'exécution de la règle suggérée est en effet fonction de ce que les deux Parties entendent par : transit dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves.

Dans ces conditions, ainsi que nous l'avons déjà dit, la formule portugaise doit, pour devenir applicable, être corrigée et être complétée. Ces additions et ces corrections ne relèvent toutefois pas de la fonction juridictionnelle. L'adjonction d'éléments essentiels et la modification de la norme est l'œuvre du législateur aussi bien en droit interne qu'en droit international, comme l'a dit la Cour permanente dans le *différend des Zones* (voir C. P. J. I., Série A/B, n° 46, p. 162). Et comme le constate le professeur Charles de Visscher dans *Théories et réalités en droit international public* (2^{me} éd., 1955, p. 196) :

« Ce qui fait le prix de la coutume internationale ... malgré l'imprécision inhérente à son mode d'expression, c'est que, reposant sur une pratique spontanée, elle traduit une communauté de droit profondément ressentie. De là, la densité de ses règles [c'est-à-dire de la règle coutumière] et leur stabilité. »

Ce sont précisément la densité et la stabilité qui font défaut à la formule présentée par le Gouvernement du Portugal.

On ne saurait donc élever cette formule à la dignité d'une règle coutumière du droit des gens. La formule portugaise est entachée de nullité absolue.

La Partie adverse ne propose pas une règle au sens de l'article 36, alinéa 1, lettre b), du Statut de la Cour. Une autre possibilité reste à envisager : s'agirait-il cependant d'une règle au sens de l'article 36, alinéa 1, lettre c), du Statut de la Cour, comme le prétend le Gouvernement portugais ? Avec votre permission, Monsieur le Président, j'aimerais bien commencer à examiner cette question au début de cet après-midi.

[Audience publique du 13 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir démontré l'inexistence ou la non-existence de toute règle coutumière relative au droit de passage aux enclaves, telle qu'elle est conçue dans les conclusions portugaises, il m'appartient maintenant d'aborder devant vous, avec votre permission, Monsieur le Président, l'examen de la position du Gouvernement de l'Union indienne au sujet des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, au sens de l'article 38,

alinéa 1, lettre c), du Statut de la Cour. Mon honorable contradicteur, mon distingué collègue le professeur Pierre Lalive, a peut-être un peu forcé notre pensée en affirmant qu'il y avait accord des Parties sur un point, à savoir que les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées « se dégagent de la confrontation des droits internes » (compte rendu de jeudi 1^{er} octobre, p. 516). D'ailleurs une terminologie analogue est employée dans les conclusions du Portugal.

Le Portugal invoque « la conformité des droits internes en ce qui concerne l'accès aux terrains enclavés ». Formulée de cette manière, nous pensons que la question du rapport entre les principes généraux de droit et la confrontation avec les droits internes ou la conformité avec ces droits est exprimée d'une manière un peu trop sommaire, voire même incomplète. En effet, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ne résultent pas simplement de la confrontation du droit interne et du droit international. Celle-ci n'entraîne pas la conformité de la règle de droit interne avec celle du droit international, c'est-à-dire le transfert automatique des règles de droit interne universellement reconnues dans le corps de règles du droit international. Le processus de réception des règles de droit interne dans le droit international, si réception il y a, est en tout cas beaucoup plus complexe. Pour la compréhension de ce qui suit, il n'est donc pas inutile de faire précéder l'examen des questions particulières qui se rapportent, dans ce débat, aux principes généraux de droit, de quelques considérations plus générales. Je m'en excuse, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je m'excuse de devoir rappeler certains faits généralement connus et de notoriété publique, au moins parmi les internationalistes. Je pense cependant que pour la compréhension de la question particulière soulevée par nos distingués contradicteurs, il est inévitable de faire précéder d'un examen plus général ces quelques considérations; ceci en vue de dissiper tout malentendu et toute équivoque que la brillante et séduisante plaidoirie de mon collègue genevois a pu facilement faire naître.

En introduisant, dans l'énumération des sources de droit applicables, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, les auteurs du Statut de la Cour ont cherché, et je crois que cela est incontestable, à étendre au-delà de la coutume et de la convention des règles judiciairement applicables. Comme l'a dit Anzilotti dans une formule aussi saisissante qu'exacte, ils ont voulu « pousser jusqu'à la dernière limite la productivité de ces sources » (c'est-à-dire la productivité des sources de droit international) (*Cours de droit international*, traduction Gidel, p. 117). La disposition de l'article 38, alinéa 1, lettre c), a été incorporée dans le Statut de la Cour, parce que le comité de juristes qui l'avait élaboré était d'accord — à la seule exception du représentant de l'Italie, Ricci-Busatti — pour déclarer que le droit positif coutumier contenait des lacunes. Pour les combler, et de cette façon pour limiter le pouvoir discrétionnaire des justiciables, c'est-à-dire des États soumis au Statut, le comité de juristes a été d'accord pour admettre qu'il était opportun d'autoriser la Cour à appliquer des normes juridiques telles que celles acceptées *in foro domestico* par tous les États civilisés. A vrai dire, les auteurs du Statut de la Cour n'innovaient pas. Les sentences arbitrales rendues au XIX^{me} siècle et au début du XX^{me} siècle par les tribunaux arbitraux témoignent en effet de cas où certaines règles universellement appliquées *in foro domestico* ont été reçues dans l'ordre international.

Toutefois, lorsqu'on examine la pratique de la Cour permanente de Justice internationale et de la Cour internationale de Justice quant à l'application des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, on constate que les deux Cours n'ont, dans aucune de leurs décisions, appliqué explicitement les principes généraux de droit résultant de la confrontation avec les droits internes reconnus par les nations civilisées en indiquant explicitement l'article 38, alinéa 1, lettre c). Le tableau complet que le juge sir Hersch Lauterpacht a brossé à ce sujet dans son bel ouvrage sur le *Développement du droit international par la Cour internationale* (édition révisée), 1958, aux pages 167 et suivantes, prouve à abondance cette manière de voir. Certains juges ont mentionné quelques-uns de ces principes dans leurs opinions dissidentes et individuelles. Toutefois, en analysant les principes suggérés par eux, on constate que les principes proposés par ces juges, et cela me paraît être très important, ne reflètent que des règles qui ont atteint un tel degré d'universalité que leur application en droit international ne pose aucun problème ni aucune difficulté. Lorsque, par exemple, le juge Anzilotti a constaté que le principe du respect de la chose jugée (C. P. J. I., Série A, n° 13, p. 27), le principe de l'*exceptio non adimpleti contractus* (C. P. J. I., Série A/B, n° 70, p. 50) est susceptible d'application par la Cour permanente, il arrivait à cette conclusion que le caractère intrinsèque de cette règle est aussi bien adapté aux besoins de l'ordre juridique international qu'à celui de l'ordre juridique interne des États civilisés. Ce n'est donc, et cela me paraît aussi être très important, pas sur la base d'une recherche comparative et systématique que les règles de droit interne ont été reçues dans l'ordre international.

En procédant de cette manière, les deux Cours se sont conformées — comme nous l'avons déjà dit — à une tradition qui a été toujours celle du droit des gens. En effet, c'est une expérience plus que séculaire que dans le cas où l'ordre international n'a pas créé ses propres règles, n'a pas créé ce que j'appellerais des normes autonomes du droit international, les organes internationaux et surtout les tribunaux arbitraux qui appliquent le droit international ont été disposés à recevoir des principes qui, par l'universalité de leur reconnaissance, ne pourraient donner prise au grief de subjectivité. C'est en effet dans ces limites que nous rencontrerons, par exemple, l'attribution d'intérêts moratoires à l'État demandeur admis, au moins en principe, par la Cour permanente d'arbitrage dans sa décision du 11 novembre 1912 dans l'*Affaire de l'indemnité de guerre turque*, affaire dans laquelle la Cour se conforme d'ailleurs à certaines décisions antérieures. Il en va de même du droit à la répétition de l'enrichissement illicite. Ce principe général de droit interne, connu depuis la période la plus reculée de l'histoire du droit, a été reconnu, au moins en principe, dans la décision du tribunal administratif de la Société des Nations du 7 mars 1934, *Schuman c. Société des Nations*, *Annual Digest and Reports of International Law Courts*, 1933-34, page 462, comme constituant une règle de droit international administratif incorporée au moins au droit des organisations internationales. L'organe appelé à examiner et juger un différend n'a d'ailleurs aucunement l'obligation d'appliquer même des principes généraux de droit de ce genre. Il agit dans le cadre de son pouvoir judiciaire qui est un pouvoir, à ce sujet, discrétionnaire.

Comme il a été dit justement, le recours aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées n'est possible que par un procédé

d'abstraction. L'application des principes généraux de droit en droit international présuppose donc que ces principes soient dépouillés des particularités dont les a revêtus, dans l'ordre interne, une élaboration technique beaucoup plus poussée — pour employer l'heureuse formule de M. Charles De Visscher dans *Théories et réalités en droit international public*, tome 2, 2^{me} édition, page 491.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, examinons maintenant les principes généraux dont la Partie adverse affirme qu'ils se rapportent à notre affaire. Nous devons nous demander si le fait que les systèmes de droit interne du monde civilisé connaissent l'existence de certains principes communs relatifs au droit d'accès au domaine enclavé entraîne en droit international une réception de ces principes de droit.

Est-il possible de conclure que les règles communes aux divers droits internes dans ce domaine, si règles communes il y a, sont aussi applicables au droit des gens? Avant de procéder à cet examen, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous prie de pardonner le caractère quelque peu abstrait et technique de mon exposé. Dans cette matière des principes généraux du droit interne, des principes généraux reconnus par les nations civilisées, le droit interne et le droit international se confrontent, et il n'est pas toujours facile d'éviter le recours à des notions difficiles et abstraites. Je m'en excuse, surtout du fait que je vous prie de pardonner le pauvre pécheur que je suis, qui doit son éducation en droit civil à de grands maîtres romanistes, mais dont le goût du concret n'était pas leur principale vertu.

La réception en droit international de la règle que nous venons de mentionner, c'est-à-dire celle relative au droit d'accès au domaine enclavé, se heurte à certaines difficultés. Il en est ainsi, même si on dépouille la règle de droit interne, dont l'incorporation à l'ordre international est suggérée, de tous ses éléments techniques et particuliers et qu'on la ramène à sa plus simple expression.

Voici les raisons de cette difficulté.

Première raison: Les éléments constituant la règle de droit interne relative au droit de passage vers les enclaves diffèrent fondamentalement des éléments constituant la règle dont on suggère la consécration en droit international.

En droit interne, le droit de passage en faveur des fonds enclavés a pour but de faciliter au propriétaire, possesseur, usufruitier d'un bien-fonds, l'utilisation ou l'exploitation de son bien-fonds. Le droit de passage, en droit interne, est prévu en faveur de personnes privées, d'individus déterminés, et ce droit de passage, si je vois clairement les choses, n'a qu'un seul but: permettre à l'ayant droit d'aller d'une voie publique à l'enclave et retourner de l'enclave à la voie publique. En droit international, le moins qu'on puisse dire est que le passage réclamé est plus complexe. Le but de ce passage, tel qu'il est affirmé en droit international, est d'exercer un droit de souveraineté — comme l'attestent d'ailleurs très clairement les conclusions portugaises. Il ne s'agit donc pas seulement d'exercer des droits de propriété, c'est-à-dire d'exploiter, d'utiliser un domaine, exploiter, utiliser un bien-fonds, mais il s'agit d'exercer dans l'enclave, dans le cadre du droit international, le pouvoir législatif, le pouvoir administratif, le pouvoir juridictionnel, le pouvoir de police, de coercition et de la contrainte en général, qui fait l'essentiel de la souveraineté de l'État dans le sens du droit constitutionnel national. Sur la voie de passage qui conduit à l'enclave, l'État détenteur de l'enclave

conservera certaines prérogatives de puissance publique en vue d'accomplir, lorsque des organes auront passé, des actes de souveraineté à l'intérieur de l'enclave. C'est cette raison qui explique la nécessité du passage des troupes, du passage de la police, du transit des marchandises, de la circulation des biens en général. En conséquence, les organes de passage de l'État de l'enclave commettront toujours certains actes de puissance publique sur la voie empruntée pour le passage, certains de ces actes seront couverts par l'immunité de juridiction, comme nous l'avons amplement démontré. Tous ces actes ne sont pas susceptibles d'être réalisés dans le cadre du droit de passage vers l'enclave dans le domaine du droit interne, car dans ce cas, comme nous venons de le dire, l'utilisation, l'exploitation du bien-fonds est le but exclusif du passage. Dans ces conditions, les limitations et les restrictions qui grèvent le domaine spatial, le domaine territorial de l'État de transit, diffèrent fondamentalement des limitations et restrictions qui, en droit interne, grèvent le bien-fonds d'une tolérance de passage vers la voie publique. D'autres différences sont les suivantes: l'ordre juridique national peut édicter n'importe quel acte de législation affectant la propriété privée. Il peut forcer le détenteur de l'enclave du droit national de céder son droit au propriétaire voisin ou de l'échanger avec un autre droit. Mais tel n'est pas le cas dans les relations entre les États. Le Portugal ne peut pas forcer l'Inde de lui céder un droit de passage et l'Inde ne peut se trouver dans l'obligation de le céder pour le motif que le Portugal devrait, par nécessité, avoir accès aux enclaves.

Comme nous le démontrerons, en outre, lorsque nous examinerons l'analogie avec la servitude, le droit de passage à l'enclave, en droit interne, et cela me paraît être particulièrement important, est ce que l'on appelle un *droit réel*, un droit réel opposable à tous les détenteurs du bien-fonds servant, tandis que le droit de passage, en droit international, ne peut être conçu que comme un droit personnel, donc un droit qui n'est pas opposable à l'État successeur; exemple: les individus A et B soumis à l'obligation du passage, dans le domaine du droit interne, passent leurs droits et obligations réciproques à ceux qui sont les futurs détenteurs des deux biens-fonds, tandis qu'en droit international, la situation est différente. Si un droit de passage est stipulé entre deux États, le droit de passage, tel qu'il est stipulé, est un droit personnel, un droit conventionnel. Si un des États disparaît, il y a succession d'État, ce n'est pas l'État successeur qui se substituera dans le droit de passage de l'État antécédent, au moins pas en vertu d'un principe général de droit au sens de l'article 38, chapitre 1, *lit. c*), du Statut de la Cour.

La transposition du principe général de droit en droit international public, que suggèrent nos honorables contradicteurs, ne permet pas de réaliser la simple réception d'une règle de droit interne universellement acceptée. Le but du droit de passage, ainsi que les moyens pour assurer l'exercice, diffèrent fondamentalement en droit interne de ce qu'ils seront en droit international. Même en dépouillant la règle de droit interne de certains de ses éléments et en la ramenant à sa plus simple expression, l'analogie avec le droit interne ne joue pas, la similitude est inexistante. Contrairement à ce que pense le professeur Lalive, le principe général de droit transposé du droit interne au droit international doit avoir un minimum de ressemblance, un minimum d'analogie avec la règle suggérée, relevant du droit international, quant au but poursuivi et quant aux moyens employés pour l'atteindre, et quant à la nature

personnelle ou réelle du droit. Dans ces conditions, les difficultés qui s'opposent à la réception en droit international de la règle de droit interne sont insurmontables, contrairement à ce qui arrive avec les principes effectivement incorporés en droit international par les tribunaux d'arbitrage, comme la règle de l'intérêt moratoire, l'enrichissement illégitime et qui, comme nous l'avons vu, ne peuvent, du fait de leur universalité et de leur simplicité, prêter au reproche de subjectivité.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je passe maintenant à la deuxième objection qui s'oppose à la transposition du droit interne, du droit civil, qu'on voudrait transposer en droit international. En effet, une autre difficulté pour laquelle l'analogie ne joue pas s'oppose encore à la réception en droit international de la règle de droit interne à l'accès aux enclaves. Comme sir Frank Soskice l'a déjà expliqué dans la procédure orale sur les exceptions préliminaires (C. R. 27 septembre 1957, p. 87), « on ne peut introduire par analogie, à partir du droit interne, une règle qui serait en contradiction avec les principes de droit international déjà établis ». En effet, lorsqu'on examine les sources qui sont mentionnées dans l'article 38 du Statut de la Cour, ces sources, ces règles de création se suivent dans un ordre hiérarchique. Le droit conventionnel prime le droit coutumier et le droit coutumier prime les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Ceci signifie que les règles relevant de l'article 38 du Statut de la Cour doivent être appliquées dans l'ordre hiérarchique établi par ce texte. En conséquence, lorsqu'une règle conventionnelle ou coutumière est applicable, il est inconcevable que pour la même situation les principes généraux de droit puissent entrer en concurrence avec ces règles du degré supérieur, puisque les principes généraux de droit occupent la troisième place dans la hiérarchie des sources établie par l'article 38. La convention et la coutume ont la préséance. La Cour permanente, comme on le pense, s'est prononcée en ce sens dans *l'Affaire du traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig* (C. P. J. I., Série A/B, n° 44, p. 23) et s'est exprimée ainsi :

« Les principes généraux de droit international s'appliquent à Dantzig sous réserve, toutefois, des dispositions conventionnelles liant la Ville libre, ainsi que des décisions prises par les organes de la Société des Nations en vertu de ces dispositions. »

Comme nous l'avons démontré lorsque nous avons examiné l'application éventuelle d'une coutume générale relative au régime du passage aux enclaves, ce passage est réglé en premier lieu par la règle du droit commun selon laquelle il ne peut y avoir de limitation de la souveraineté territoriale de l'État de passage sans le consentement de ce dernier. Ce consentement de l'État territorial peut se traduire par la conclusion de conventions particulières. Dans ce système réglé par le droit commun, la règle coutumière, c'est-à-dire la règle de la souveraineté territoriale, éventuellement de droit conventionnel, il n'y a donc pas de place pour l'application de principes généraux de droit, car ces derniers entraieraient en concurrence d'une manière inadmissible avec les règles proprement dites, avec les règles autonomes du droit international qui régissent le droit de passage aux enclaves.

Troisième observation relative à la tentative d'écarter l'admission des principes généraux de droit.

L'examen du système proposé par le professeur Lalive fait des emprunts évidents, bien qu'inavoués, à la théorie de la servitude, théorie pourtant catégoriquement rejetée par nos honorables contradicteurs dans leurs écrits et au cours des plaidoiries sur les exceptions préliminaires.

Voici ce que le professeur Lalive, fidèle interprète de la pensée de M. le professeur Rheinstein, dont la consultation est annexée au document du Portugal, expose à ce sujet :

Le droit interne des États civilisés connaît une règle uniforme selon laquelle les détenteurs des biens-fonds enclavés n'ayant aucune issue sur la voie publique peuvent réclamer un passage sur les fonds voisins en vue d'obtenir accès à la voie publique. Les détenteurs des biens-fonds voisins doivent alors tolérer ce passage et s'abstenir de tout acte contraire au passage. Et on affirme qu'il y a une situation analogue à celle des enclaves en droit des gens. Cette démonstration a pour point de départ l'idée que le détenteur du fonds dominant est bénéficiaire d'un droit réel restreint, d'après la conception qui existe dans le droit civil du continent européen.

Les obligations à la charge du fonds servant, à la charge de celui qui doit tolérer le droit de passage de l'enclave vers la voie publique, ont donc en droit civil interne comparé un caractère réel, c'est-à-dire le droit de passage grève le bien-fonds dominant, indépendamment de la personne du possesseur, de la personne de l'usufruitier actuel de ce bien-fonds. D'autre part, c'est le bien-fonds dominant, donc l'enclave, qui est le bénéficiaire de cette obligation indépendamment de l'ayant droit de ce bien-fonds, de l'usufruitier, du propriétaire. Le *jus in re*, le droit dans la chose ainsi créé, correspond exactement à la théorie des servitudes traditionnelles en droit national. L'admission des principes généraux de droit dans ce domaine, basée sur l'analogie dans les rapports entre l'enclave et l'État territorial de passage, équivaudrait en conséquence à la réception en droit international de la théorie de la servitude, ainsi qu'il a été longuement expliqué dans la procédure écrite et lors des discussions des exceptions préliminaires. Réintroduire la théorie des servitudes sous le couvert des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ne modifierait nullement cette théorie et n'enlèverait rien à la valeur des critiques qui ont porté un coup mortel à la doctrine qui prétend introduire, par analogie, en droit international, le concept de servitude du droit civil.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en effet, il est inadmissible d'assimiler les obligations de tolérance et d'abstention à la charge de l'État sur son propre territoire aux devoirs qui incombent à l'ayant droit du bien-fonds servant à l'égard de l'ayant droit du bien-fonds dominant en droit civil interne. Les obligations qu'assume l'ayant droit du bien-fonds servant sont prescrites par le droit national, tandis que les obligations de tolérance et d'abstention sur son territoire sont prescrites, quand il en existe, à l'État par le droit international. La principale différence est, comme nous l'avons déjà dit, que l'obligation qui pèse sur le bien-fonds en droit interne est permanente, s'il y a servitude. Elle est indépendante de son détenteur, tandis que l'obligation qui pèse sur le territoire étatique est *présumée* être personnelle. Non seulement la substance, le contenu de la réglementation du droit international diffèrent en conséquence de celle du droit national, mais aussi les obligations de tolérance et d'abstention de l'État, lorsqu'elles sont réglées par le droit international, le sont de manière si exhaustive qu'il n'y a pas de place pour l'application de principes généraux reconnus par les nations

civilisées, même sous le couvert de l'analogie avec les servitudes du droit interne.

En rejetant l'analogie suggérée par le professeur Lalive, nous ne perdons d'ailleurs nullement de vue que le droit de passage vers les enclaves en droit interne ne se base pas toujours sur un droit de propriétaire au sens précis du droit civil. Ce droit peut, en effet, être exercé dans le cadre de nombreuses formes et constructions techniques, par exemple, par des possesseurs, par des usufruitiers.

Le refus de la réception ou de l'analyse a pour base: *a*) la différence du but poursuivi, la *ratio legis*; *b*) la différence des moyens employés en vue de l'exercice du droit de passage; *c*) le caractère réel du droit de passage en droit interne, caractère personnel du droit de passage en droit international, qui rendent inadmissible l'analogie entre droit interne et droit international dans ce domaine; *d*) enfin le fait que le droit de passage aux enclaves peut être modifié ou abrogé par l'ordre juridique interne tandis qu'en droit international, sa modification ou abrogation dépend unilatéralement de l'État qui exerce la souveraineté territoriale sur le territoire du passage, s'il n'existe pas une convention entre les parties intéressées à ce sujet.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le professeur Lalive a enfin avancé un quatrième argument, un dernier argument, en vue de prouver que la différence entre servitude de droit privé et limitation de la souveraineté territoriale en droit international est plus relative et moins fondamentale que nous le pensons. Mon distingué collègue rejoint une des thèses centrales à ce sujet exposées par le professeur Bourquin et que nous avons appelée le *leitmotiv* de la Partie adverse, d'ailleurs consacrée dans les conclusions du Gouvernement du Portugal, et voici ce qu'on dit:

L'existence d'une certaine situation géographique et sociale, commune au droit interne et au droit international — c'est la terminologie employée par le professeur Lalive — ferait naître la *nécessité* de l'octroi d'un droit d'accès aux enclaves aussi bien en droit interne qu'en droit international. Cette thèse nous a été exposée, nous venons de le dire, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sous les titres les plus variés. D'abord dans le cadre des soi-disant principes généraux de droit international. M. le professeur Rolin en a parlé et a réfuté les affirmations faites à ce sujet par nos distingués contradicteurs. La même thèse a cependant réapparu lorsqu'il s'est agi de définir la notion d'*opinio juris sive necessitatis*, deuxième élément de la coutume. J'ai répondu et pense avoir dit ce qu'il y avait à dire. M. le professeur Lalive, à son tour, fait apparaître la nécessité sociale, cette fois-ci sous le couvert d'un principe général de droit reconnu par les nations civilisées. Les arguments invoqués en faveur de la nécessité reflètent les mêmes erreurs, les mêmes simplifications que nous avons déjà critiquées. Nos adversaires affirment tout simplement que le droit d'accès est *nécessaire*. Toutefois, et c'est pour cette raison que nous nous y arrêtons: lorsqu'on examine la nécessité dans le cadre des principes généraux de droit, un argument supplémentaire contre son invocation s'ajoute aux arguments antérieurement exposés. Il est parfaitement concevable que la nécessité du passage vers l'enclave soit un motif *de lege ferenda* en vue de légiférer dans le domaine du droit d'accès aux enclaves, soit en droit interne, soit en droit international. Mais la nécessité en droit interne ne peut jamais cependant

être un élément du principe général lui-même, ni en droit interne, ni en droit international.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'examen de la demande portugaise basée sur les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées nous conduit aux conclusions suivantes:

1. Lorsqu'on examine la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et celle de la Cour internationale de Justice à propos de l'application des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées (article 38, alinéa 1, lettre c) du Statut de la Cour), il ressort de cet examen que les deux Cours n'ont, dans aucune de leurs décisions, appliqué explicitement ces principes. En analysant les principes adoptés dans la pratique judiciaire et arbitrale, on constate qu'il ne s'agit que de règles qui ont atteint un tel degré d'universalité que leur application en droit international ne pose ni problème ni difficulté.

2. La réception en droit international de la règle, consacrée par un certain nombre de législations nationales, qui dispose que le détenteur du bien-fonds servant a l'obligation de tolérer le passage vers un bien-fonds enclavé et dominant pour permettre l'accès à une voie publique se heurte irrévocablement à certaines difficultés et notamment aux suivantes:

a) Les éléments constituant la règle de droit interne relative au droit de passage vers les enclaves diffèrent de la règle de droit international telle qu'elle est proposée. Le passage vers l'enclave en droit civil interne poursuit un but tout différent de celui du droit de passage en droit international. Il en va de même des moyens mis en œuvre pour effectuer le passage. Le passage en droit interne est enfin un droit réel; il est inhérent au bien-fonds dominant, à l'enclave, indépendamment de son détenteur. Le passage en droit international est présumé être un droit personnel qui présuppose le consentement du souverain de l'État enclavant.

b) Une règle de droit international qui donnerait pour fondement au droit de passage les principes généraux de droit serait incompatible avec la règle coutumière qui exige pour le droit de passage à l'enclave le consentement de l'État territorial entourant l'enclave ou qui assujettit ce droit aux conventions réglant le droit de passage, la règle coutumière et conventionnelle ayant la primauté sur les principes généraux de droit dans la hiérarchie des règles de droit international, excluant ainsi l'application des principes généraux éventuels.

c) Le système proposé par le Portugal n'est autre chose qu'une application de la théorie des servitudes, que nos honorables contradicteurs ont pourtant catégoriquement rejetée.

d) L'existence d'une certaine situation géographique et sociale connue en droit interne et en droit international en matière de droit d'accès aux enclaves, n'est génératrice d'aucun principe général de droit fondé sur la nécessité, ni en droit interne, ni en droit international.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai terminé avec les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées et, avec votre permission, j'aborde maintenant le dernier chapitre qu'il m'est attribué à examiner devant vous, c'est-à-dire la coutume locale.

Après avoir démontré l'inexistence, la non-existence de titres généraux sur lesquels le Portugal serait en mesure de fonder sa demande, il convient de dire encore un mot de la coutume locale, ainsi que je l'avais annoncé au début de ma plaidoirie.

A vrai dire, la coutume locale, comme nous le pensons, n'est pas un titre général mais un titre particulier invoqué par la Partie adverse. Il incombera à M. l'*Attorney General* de l'Inde, ainsi qu'à mon confrère sir Frank Soskice, de faire la démonstration qu'aucun titre particulier ne peut être valablement invoqué par le Portugal, ni pour la période de la domination mahratte, ni pour celle de l'Inde britannique, ni pour la période post-britannique. Toutefois, comme nos honorables contradicteurs fondent leurs revendications non seulement sur la coutume générale, mais indépendamment d'elle, sur un titre spécial, coutume locale, nous considérons opportun de faire, avant d'aborder la discussion des titres particuliers, quelques observations d'ordre tout à fait général sur la coutume locale.

M. le doyen Telles en a parlé à la séance de lundi 28 septembre (C. R., p. 393) d'une manière plutôt sommaire, en reprenant, si je l'ai bien compris, l'exposé fait dans la réplique sous les numéros 358 et 359. La thèse portugaise à ce sujet est la suivante: le passage entre Damão et les enclaves s'étant produit depuis la période mahratte jusqu'à la période post-britannique, dans des circonstances qui indiquent la conviction de sa nécessité, c'est-à-dire l'existence de l'*opinio juris sive necessitatis*, la pratique administrative du passage repose, indépendamment de l'existence de conventions, sur une règle coutumière, et que cette règle coutumière n'a pas un caractère général, mais spécial. Il s'agit d'un usage local. Le Gouvernement de l'Inde a donné sa réponse à ces thèses dans le numéro 585 de la duplique, réponse qu'il maintient intégralement. Le Gouvernement de l'Inde est de l'avis que la règle coutumière ne peut pas se rapporter à une situation purement bilatérale ou locale, pratique fondée, soit sur une convention, soit sur une simple attitude des parties, sans que les parties aient la conviction d'être obligées par une règle juridique, que telle situation purement bilatérale ou locale n'est pas génératrice d'une coutume. Pour qu'il y ait coutume, il faut en conséquence que la pratique soit prescrite par une règle générale. Il est certes possible que des règles coutumières se rapportent à des situations locales ou bilatérales. Ainsi, le droit international coutumier prévoit, je pense au moins qu'il prévoit, que les conventions délimitant le territoire de l'État avec des États tiers ne soient pas nécessairement abrogées par le transfert du territoire en cas de succession d'États. Ces traités peuvent éventuellement garder leur validité, malgré la substitution d'une compétence étatique à une autre. Toutefois, cette situation bilatérale ou locale est fondée sur une pratique générale acceptée comme étant le droit. Il s'agit d'une coutume générale, valable dans toute la communauté internationale. Il est inconcevable qu'un usage basé sur des accords bilatéraux ou une certaine conduite concordante de deux États seuls, conduite toujours unilatéralement révoicable, puisse créer une obligation coutumière. Et tel est surtout le cas, si en l'espèce la pratique — si pratique il y a — n'est pas basée sur un intérêt réciproque. La Cour permanente de Justice internationale a préféré admettre pour une telle situation que l'usage éventuellement obligatoire soit considéré comme générateur d'un accord tacite et non généralement comme une coutume locale ou bilatérale. C'est ainsi que la Cour s'est prononcée dans son avis consultatif concernant la *Ville libre de Dantzig* et l'*Organisation internationale du Travail* (C. P. J. I., Série B, n° 18, p. 12), où elle a manifesté sa manière de voir dans un membre de phrase bien significatif:

« ... une pratique sur laquelle les deux parties semblent maintenant être bien d'accord s'est graduellement développée... ».

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, même si votre haute juridiction n'était pas disposée à suivre notre raisonnement et si vous admettiez au contraire l'existence en droit positif de coutumes locales et de coutumes bilatérales, aucune coutume locale ou bilatérale n'aurait pu naître en l'espèce, comme nous l'avons déjà dit, car les mêmes objections que nous avons vues naître et que nous avons développées en regard de l'affirmation de l'existence d'une coutume générale sont également opposables à l'égard d'une prétendue coutume locale. Aussi, cette coutume ne peut être qu'une formule sans aucune densité, une formule mystérieuse, une formule vague. Comment pourrait-il en être autrement, nos honorables contradicteurs lui attribuant probablement par un effet de miracle, la même substance, le même contenu qu'à la coutume générale? C'est-à-dire, il y aurait quasi accidentellement coïncidence de deux coutumes, la formule de la coutume générale et la formule de la coutume locale. Les deux coutumes exigeraient donc que le passage entre Damão et les enclaves par le territoire indien doit se faire dans les mesures nécessaires à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves de Dadrá et Nagar-Aveli.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, c'est cependant en examinant les titres particuliers invoqués par le Portugal en vue de la reconnaissance de son droit de transit que les éléments nécessaires seront indiqués en vue de vous fournir la preuve de l'inexistence d'une telle pratique susceptible de faire naître une coutume locale génératrice d'un droit de passage en faveur du Portugal, si on admet que telle coutume locale existe.

Il ne me reste, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'à vous remercier de votre patiente attention.

13. ORAL ARGUMENT OF SHRI M. C. SETALVAD

(AGENT AND COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARINGS OF 14 AND 15 OCTOBER 1959

[Public hearing of 14 October 1959, morning]

Mr. President and Members of the Court.

With your permission, I should now like to deal with the Maratha period.

That period, Mr. President and Members of the Court, the Government of India has submitted that its facts have very little value in the light of the facts of the British period. The facts of the British period show, first, that the British Government never considered itself bound by any Maratha treaties, decrees or grants. The British made it clear that no Maratha treaties, decrees or grants had any legal force or effect as between them and the Portuguese. In the second place, the facts of the British period disclose quite clearly that the British Government of India never recognized a right of passage over British Indian territory between Daman and the enclaves. The British considered that question to be exclusively within their domestic jurisdiction. Accordingly, Mr. President and Members of the Court, we submitted in our Counter-Memorial (para. 49) that the alleged Maratha treaties, grants, sanads and other documents on which Portugal seeks to rely had no legal consequences, imposed no obligations on the British and could in no way bind the present Government of India.

From that point of view, as I have said already, the facts of the Maratha period have little value and relevance.

However, since Portugal still persists in her assertion that a right of passage over Indian territory was created in the Maratha period, was practised in that period, and continued from that period into the British period, and as Portugal has submitted a lengthy argument on the subject, we find ourselves obliged to deal with the period of Maratha history and to demonstrate the futility of the Portuguese arguments. In view, however, of the very full pleadings dealing with this period, supported by numerous documents which have been placed in the Court's possession, I shall endeavour to be as brief as possible.

Portugal claims that the Marathas granted to her a right of passage through Maratha territory. She claims that this right was created under an alleged treaty between the Marathas and the Portuguese—a treaty of 1779. We are also told that since that time—since 1779—a right of passage was exercised by the Portuguese and that that right was also recognized and acknowledged by the Marathas. This is the Portuguese claim—a claim for a right of passage in the Maratha period based on treaty and local custom.

Now, Mr. President and Members of the Court, let us examine how Portugal framed her Application in regard to a right of passage based on treaty and local custom in the Maratha period.

In paragraph 6 of her Application of 22 December 1955, Portugal stated:

“Portugal’s said right was acknowledged in the very title by virtue of which the territories of Dadra and Nagar Aveli were placed under Portuguese sovereignty, and would exist, it should be stressed, even without *this express acknowledgment*.”

Let us note these words, “acknowledged in the very title” and the words “express acknowledgment”.

Is there an express acknowledgment of a right of passage over Maratha territory in any treaty between the Portuguese and the Marathas? I shall soon show that there is none.

However, in paragraph 8 of the same Application Portugal went on to say:

“It emerges *from the said Treaty* that the Parties to it, in addition to agreeing on the transfer of sovereignty over the territories in question, had the *intention* of creating and *actually* created a right of passage between the Portuguese territory of Damao (littorial Damao) and the enclaves ceded and from each of these enclaves to the other.”

Mr. President and Members of the Court, we have shown in our pleadings that there is no article in the alleged treaty which deals with passage between Daman and Nagar Aveli. No article in the alleged treaty so much as *mentions* Daman and Nagar Aveli. In fact, Dadra and Nagar Aveli were not present in the mind of either the Marathas or the Portuguese when the documents of 1779 and 1780, which are alleged to constitute a treaty, were drawn up. This is clear and indisputable.

When Portugal was faced with these facts she changed her plea. No longer does she assert, as she clearly did in her Application, that there is an “express acknowledgment” of a right of passage between Daman and Nagar Aveli in a treaty of 1779. Now Portugal contends that the alleged treaty of 1779 is a basis, a source, a fountain, of her alleged right of passage.

Portugal now contends that under an alleged treaty she acquired sovereignty from the Marathas over Dadra and Nagar Aveli and she contends that sovereignty over enclaved territory assumes the existence of a right of passage to that territory.

Thus, Portugal’s claim is seen to be based not on a treaty right but on an alleged general principle that existence of sovereignty over enclaved territories presupposes or carries with it a right of passage also—that a grant of sovereignty over enclaved territory created *automatically*—and this is the word used by Professor Telles, *automatically*, a right of passage. Professor Telles stated on the afternoon of 21 September (I quote from the English translation of page 293 of the Verbatim Record):

“Being sovereign at the same time over Daman, Dadra and Nagar Aveli, Portugal *thereby acquired*—and retained—a right of passage between the different portions of its territory (geographically separated but legally united) for the personnel and material necessary for the normal exercise of its authority over the enclaves.”

The Portuguese claim thus clearly appears to rest not on a treaty but on the alleged general principle.

In the same speech Professor Telles acknowledged that there was no mention of any particular territories, lands, or villages in the alleged

treaty of 1779. He acknowledged that there was no question, in 1779, of a grant of enclaves. And he acknowledged that it was only in 1783 and again in 1785 that villages several miles distant from Daman were granted to the Portuguese. Yet he stated that since these villages were separated from Daman—I quote his words from the English translation of page 295 of the Verbatim Record of 21 September—“as from the rest of Portugal”, Portugal acquired a right of passage under the alleged treaty which had been concluded several years before the actual grant, that is, several years before there was any idea or intention of assigning enclaved villages.

On the morning of 23 September, Professor Braga da Cruz slightly modified the Portuguese stand. He said that the right of passage arose by implication from the treaty. Thus, at the English translation of page 333 of the Verbatim Record of that day we find the statement:

“The Treaty of 1779, in making this territorial grant to the Portuguese, necessarily conferred upon them the means required for the exercise of the rights involved. If it had taken the form of villages adjacent to coastal Daman, the exercise of those rights would not have involved the necessity of passing over Maratha territory; but, as it took the form of enclaved areas, the rights conferred upon the Portuguese by the Marathas would have been void of all content if they had not been accompanied by an *implied* right to pass over the intervening territories which had in the meantime been ‘restored’ to Maratha sovereignty.”

It is clear, Mr. President and Members of the Court, that Counsel for Portugal are trying to read into an anterior document an *implication* which they say arose from the posterior and altogether unintended fact of a grant of enclaved villages.

Their argument therefore seems to be based not on a clause of the treaty, expressed or implied, but on the *fact* of the existence of enclaved villages. And these are the words of Professor Telles, I quote from the English translation of page 298 of the Verbatim Record of 21 September:

“The mere formation of enclaves under Portuguese sovereignty would of itself suffice to give us right of passage through the *automatic* application to this situation of the rules of common international law—general principles and general custom—which guarantee right of access to enclaved territories.”

It will be seen, Mr. President and Members of the Court, that the Portuguese Government has travelled a long way since it stated in the Application that a right of passage was “expressly acknowledged” in a treaty.

Portugal’s case now is that sovereignty over enclaved territory presupposes or automatically leads to a right of passage—a right arising from an alleged general principle. But how can that general principle apply unless Portugal proves in the first instance that she acquired cession of territory *in sovereignty* from the Marathas?

It is for this reason that Portugal seeks to discover and prove a title to sovereignty over Dadra and Nagar Aveli. This is the measure of the importance attached by Portugal to the Maratha period and an alleged treaty of 1779.

Mr. President and Members of the Court, I submit that Portugal has not been able to prove her title to cession of sovereignty from the

Marathas under the alleged treaty of 1779. The Government of India has demonstrated this fact in its pleadings and documents. I shall refer to this again later.

Mr. President and Members of the Court, it would be unfair to Portugal if I did not state at this stage that from another point of view also Portugal attaches great importance to the Maratha period. Portugal's case is that her alleged right of passage is based also on what she describes as "local custom". In paragraph 9 of the Application Portugal claimed: "over a long period, almost two hundred years, this right was exercised". In his speech on 21 September (English translation of page 297, Verbatim Record), Professor Telles spoke of

"long-standing regional practice which was inaugurated as soon as the territories of Nagar Aveli and Dadra became ours..."

This was repeated by Professor Braga da Cruz on the morning of 23 September. I quote from the English text of page 334 of the Verbatim Record of that day:

"the Portuguese Government further invokes as a foundation of its right the existence of a *local custom*, namely, the actual transit of persons, arms and merchandise between coastal Daman and the enclaves, together with the conviction of its necessity, that is to say, an *opinio juris vel necessitatis*; and it maintains that this transit, accompanied by this conviction, began operating from the moment when the Portuguese took effective possession of Nagar Aveli and Dadra, and that it was therefore exercised throughout the whole period during which the Marathas ruled over the territories which separate Daman from the enclaves."

And he stated that that was the true measure of the value attached by the Portuguese Government to the facts of the Maratha period.

Mr. President and Members of the Court, what evidence has Portugal produced in respect of this alleged "local custom"?

With your permission, I shall now examine the claim put forward by Portugal in respect of passage from Daman to Nagar Aveli in the Maratha period and the documents on which she has relied in that connection.

I shall deal first with the passage of goods.

In her Memorial, Portugal claimed that in the Maratha period she exercised a right of passage between Daman and Nagar Aveli in respect of goods. She stated that there were *agreements* in connection with *free* transit of goods from Nagar Aveli to Daman *without payment* of duties in respect of the produce or revenue of Nagar Aveli. I quote from paragraph 24 of the Memorial:

"This freedom of transit, with exemption from duties, was clearly stated in the ancient Maratha ordinances, for example, those of 26 April 1799 (Annex 19) and of 5 June 1802 (Annex 20). It was expressly provided that the passage of teak wood or other goods transported from the Pargana of Nagar Aveli to Daman 'by land or by river' should be untrammelled and that no duties should be levied on these goods.

At a given moment it became customary, whilst maintaining freedom of transit and exemption from duties, to supply certificates by which the Portuguese authorities attested to the origin and nature

of the goods in transit. With some variations this custom has persisted to the present day."

That was the way in which Portugal asserted her claim to a free transit of goods in the Maratha period.

Portugal seems to persist in that claim. Thus on the afternoon of 24 September, Professor Braga da Cruz referred to the alleged document of 1783 and stated (I quote from the English translation of page 374 of the Verbatim Record):

"Article 5 contains a very important provision exempting from payment of duty at the Maratha customs stations the 'jame' of all supplies and the other dues transported from Nagar Aveli to Daman, which presupposes, besides full sovereignty over Nagar Aveli, a *right of transit* between the pargana and the district of coastal Daman."

Here again, we see the nature of the Portuguese claim—a claim for a right of transit for goods *exempt from the taxes of the territorial sovereign*—a claim that Portugal exercised during the Maratha period a right to take the produce of Nagar Aveli to Daman exempt from Maratha duties.

This point was repeated by Professor Braga da Cruz on the morning of 25 September and he referred to Annexes 19 and 20 to the Memorial and Annexes 46, 47, 48 and 49 to the Reply in order to prove the point, namely, the existence of a "local custom" during the Maratha period in regard to a right of transit of goods from Nagar Aveli to Daman exempt from Maratha taxes.

I have already pointed out that in paragraph 24 of the Memorial, Portugal alleged that she had exercised in the Maratha period a right of transit of goods exempt from duties.

Notwithstanding however the alleged exercise in the Maratha times of a right of free transit, Portugal now claims a right of transit for goods *simpliciter* and not free from duties. Indeed, Professor Bourquin went so far as to state that when the agents of the Portuguese Government asserted at the commencement of the British period a right of passage of goods free of duties they were clearly mistaken in their view. I quote from the English translation of page 320 of the Verbatim Record of 22 September:

"The Treaty of Punem does not contain any provision specifically providing for customs exoneration; but the Governor of Daman *thought* that he could interpret the treaty in that sense."

One may ask, how could such an interpretation of the alleged treaty be suggested when the *alleged* treaty contains no reference whatever to a right of transit of goods?

Mr. President and Members of the Court, Portugal's claim to a right of transit of goods, with or without exemption from duties, has been refuted clearly and squarely in the Indian pleadings and documents. In paragraphs 97 to 111 of the Counter-Memorial and paragraphs 246 to 267 of the Rejoinder the Government of India has shown that the produce of Nagar Aveli was subject to a Maratha tax known as *Zakat*. This was a tax collected by the Marathas in all their territories. It was collected inside as well as outside Nagar Aveli.

The Government of India has dealt with the so-called ancient Maratha ordinances on which the Portuguese Government relies for its claim to

freedom of transit with exemption of duties and shown that the power and discretion to allow or refuse passage of goods inside Nagar Aveli, through Nagar Aveli, and through other parts of Maratha territory, resided solely with the Maratha Government and the Marathas did not create or intend to create a right of passage vesting in Portugal. Nor did they subsequently come to recognize any such right.

The Government of India has also shown that from time to time Portuguese agents pretended that they had a right to exemption from Maratha taxes. These pretensions were firmly rejected by the Marathas. When the Portuguese evaded payment of these taxes or made wrongful collections of the same taxes such a course of conduct invited on them Maratha measures of attachment and confiscation. These facts are indisputable and the Portuguese arguments have failed to controvert them.

In paragraphs 251 to 253 of the Rejoinder, the Government of India has shown how precarious was the passage of goods from Nagar Aveli to Daman and how it depended entirely on the mercy of the Maratha Sarkar.

In paragraph 252 of the Rejoinder the Government of India cited a letter from the Portuguese Envoy, Narayan Vithal Dhume, who informed his Government that if it did not desist from a certain course of conduct no passage of *any* goods would be allowed by the Marathas. I refer, Mr. President, and Members of the Court, to the document at Annex 33 to the Reply of which a full translation has been given at Indian Annex F No. 43. That document shows quite clearly that the Marathas could have stopped movement of goods from Nagar Aveli to Daman according to their discretion and the Indian argument based on that document remains unanswered.

I have only one more observation to make on the question of the alleged right of passage of goods in the Maratha period. We see, Mr. President and Members of the Court, that the right which was claimed was for the passage of the *produce* of Nagar Aveli intended for *consumption in Daman*. Such a right has of course no resemblance to the right now claimed, which is a right of transit of goods from Daman to Nagar Aveli and vice versa to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves.

Before I leave the question of the alleged exercise of the right of transit of goods in Maratha times, I shall make only one more observation. Portugal has not produced a single document in relation to the passage of goods from Daman to Nagar Aveli during the Maratha period.

Mr. President and Members of the Court, Portugal next alleges that in the Maratha period she exercised a right of passage of armed forces from Daman to Nagar Aveli.

I should like, in this connection, most respectfully to invite the attention of the Court to paragraph 20 of the Memorial. In that paragraph, Portugal seeks to show that, in the Maratha period, Portugal exercised a right of military passage from Daman to Nagar Aveli. We are told that the Governor of Daman informed the Maratha Military Commandant of Bagwara that:

“If he had wished a military force could have been sent to Dadra before the Maratha guard arrived there, and that he had not done so solely out of consideration for the friendship existing between the two countries.”

In connection with this assertion the Portuguese Government referred to Annex 9 to the Memorial.

Again, in the same paragraph of the Memorial—paragraph 20—the Portuguese Government stated:

“Such statements—particularly the one to the effect that a military force could have been sent—were repeated by the Governor of Daman in a further letter he addressed on the 8 April to the Military Commandant of Bagwara.”

In proof of this assertion the Portuguese Government referred to Annex 10 to the Memorial.

Now, Mr. President and Members of the Court, what do these documents—Annexes 9 and 10 to the Portuguese Memorial—purport to show? If they are examined, it will be seen that they contain merely *a threat* to send Portuguese armed forces, and this threat is not to send the forces from Daman to the enclaves but to send them into the territory of the Marathas in order to make the latter withdraw their own military measures.

If these documents support the Portuguese claim—and they are relied on for that purpose in the Memorial—the conclusion would seem to be inevitable that Portugal seeks to assert a claim, not only to a military right of passage without the permission of the Marathas but a right to take Portuguese armed forces into Maratha territory against the will of the Marathas and in order to deal with the Marathas in a military way.

Annexes 19 and 20 to the Memorial and Annexes 46, 47, 48 and 49 to the Reply, are intended to show a free right of transit for produce of Nagar Aveli from Nagar Aveli to Daman; Annexes 9 and 10 are intended to show a military right of passage.

Mr. President and Members of the Court, these are the only documents which Portugal has produced in support of her assertion that there existed during the Maratha times a practice as to passage of goods and armed personnel between Daman and Nagar Aveli, which according to Portugal gives rise to what she calls a local custom.

Mr. President and Members of the Court, Portugal now no longer insists on a right of passage without permission, or against the will of the territorial sovereign. Thus, on the morning of 22 September, Professor Telles stated (I quote from the English translation of page 304 of the Verbatim Record):

“Portugal does not claim the right to force a passage over the territory of the Indian Union.”

However, Mr. President and Members of the Court, in her Application, as well as in her Memorial, Portugal did claim such a right. May I respectfully draw the attention of the Court to paragraph 15 of the Application and paragraph 37 of the Memorial? Portugal states in paragraph 15 of the Application, that in 1954 she did not wish to despatch armed forces across Indian territory, without first notifying the Indian Government, *although* she could have done so without: “acting beyond the exercise of a right”. The same assertion is repeated in paragraph 37 of the Memorial.

May I, Mr. President and Members of the Court, before I pass on from the consideration of the Portuguese claim, based on the alleged local custom, recall what Professor Braga da Cruz set out to prove on the

morning of 23 September? I quote from the English text of page 334 of the Verbatim Record:

“the Portuguese Government further invokes as a foundation of its right the existence of a local custom, namely, the actual transit of persons, arms, and merchandise, between coastal Daman and the enclaves, together with the conviction of its necessity, that is to say, an *opinio juris vel necessitatis*; and it maintains that this transit, accompanied by this conviction, began operating from the moment when the Portuguese took effective possession of Nagar Aveli and Dadra, and, that it was therefore exercised throughout the whole period during which the Marathas ruled over the territories which separate Daman from the enclaves.”

We submit that Portugal has failed to give any evidence whatever of the exercise by her during the Maratha period of the right of passage for goods or armed personnel she originally claimed or she now claims. She has, in fact, given no proof of any practice of passage during that period which can form the basis of any local custom.

The elements of a local custom have been explained by my colleague, Professor Guggenheim, who preceded me. The very foundation and primary requisite of such a custom, as of a general custom, is the existence of a uniform practice over a course of years. Portugal has failed to establish facts showing even occasional exercise of the passage claimed, much less, a continuous and uniform practice.

Mr. President and Members of the Court, as regards the alleged treaty basis of the right, I have already spoken of the absence in the alleged treaty of 1779 of any provision relating to the passage of goods or persons from Daman to Nagar Aveli or vice versa.

With your permission, I shall now examine briefly the documents which Portugal asserts are “accords” between Portugal and the Marathas—the documents of 1783 and 1785 given at Annex 32 of the Reply and Annex 8 to the Memorial.

Mr. President and Members of the Court, the Government of India has already demonstrated in her pleadings that these are not authentic documents. I refer to paragraph 110 of the Counter-Memorial and paragraph 227 of the Rejoinder. These documents contain neither the seal, nor the signature, nor the names of the parties. However, quite apart from the lack of value of these documents as valid and authentic instruments of a bilateral character, they do not contain any provision conferring a right of passage between Daman and Nagar Aveli. We have looked into these documents carefully again and we are unable to see in them any provision relating to passage or transit of goods or persons between Daman and Nagar Aveli.

Mr. President and Members of the Court, what then in substance is Portugal’s case in regard to the right she claims in respect of the Maratha period? As we have already seen, there is no basis for the right in the alleged treaty of 1779 or the alleged accords of 1783 and 1785. Nor is there any evidence of the alleged local custom during the Maratha period. The sole basis of her right is that she acquired sovereignty over the enclaved territory during that period and that, as a result of the acquisition of sovereignty over such territory, she *ipso facto* and automatically acquired a right of passage to it.

In other words, Portugal claims that a right of passage is implicit in the existence of her sovereignty over the enclaves.

Assuming for a moment, Mr. President and Members of the Court—we of course dispute it very much—that the existence of such a right is implicit in her sovereignty, the question arises whether Portugal did in fact acquire sovereignty over the enclaves from the Marathas. Has Portugal succeeded in proving that the Marathas parted with sovereignty over certain parts of their territory in her favour?

We submit, Mr. President and Members of the Court, that Portugal has entirely failed to prove that she was granted sovereign rights over the enclaves by the Marathas.

Portugal claims that she acquired sovereignty over Dadra and Nagar Aveli under the alleged treaty of 1779—and, what has been relied on is Article 17 of that treaty. When Counsel for Portugal dealt with this matter they seemed embarrassed by the wording of Article 17 itself. Not once did they read it to the Court. Let me, Mr. President and Members of the Court, read out Article 17 in the various versions of the alleged treaty—a treaty which we contend never existed as a binding and legal document between the Marathas and the Portuguese. I shall first read from the document of 17 December 1779, given at Indian Annex C No. 3, Part 1:

“Article 17: Narayan Vithal Dhume conveyed assurances that the Firangee had evinced friendly sentiments towards the Sarkar and would in future be more friendly. In response, it is agreed that villages yielding *revenue of twelve thousand rupees* where the authority of the Sarkar is unimpeded would be assigned towards Daman from the *current year*. The Firangee will not raise any Imarat in the same. Such villages will be specified.” (That ends the Article.)

Where does Article 17 mention, in any part of it, cession of territory in sovereignty? It speaks only of the assignment of villages yielding revenue of twelve thousand rupees.

Now let us see Article 17 in the text of 4 May 1779, which is stated to be the Portuguese official text. That is given at Indian Annex C No. 2. There the Article reads:

“As the Majestic State has evinced the *greatest friendship* towards this Pandit Pradhan, as proved by the Attorney, Pandit Pradhan has agreed to make a *contribution in Daman of 12,000 rupees* starting from this year through his Daman jurisdiction by virtue of which he shall specifically give to the State the Sanad or the confirmatory order of the villages.” (That ends Article 17.)

One may note the words “contribution in Daman of 12,000 rupees starting from this year”.

Mr. President and Members of the Court, it is not possible, I submit, to interpret these words as denoting a cession of territory in sovereignty.

There is yet another text of the alleged treaty. Before I read that text, Mr. President and Members of the Court, I should like to explain the circumstances in which this text was found by the Government of India.

In the Counter-Memorial, the Government of India attributed the authorship of this version (Indian Annex C No. 5) to the Portuguese Envoy, Narayan Vithal Dhume. It did so on the basis of circumstantial evidence available at that time. The Portuguese Government contended

in its Reply that it had no knowledge of this version and that this version did not exist at all. In paragraph 71 of the Reply it stated:

“What can, however, be said with certainty concerning the said translation is solely: (1) that it was made subsequently to the conclusion of the Treaty since it mentions its ratification by Viceroy De Souza on 11 January 1780, and (2) that we do not know under what conditions it was made, nor when, nor by whom, nor for what purpose.”

It will be seen that the Portuguese Government denied all knowledge of the existence of this version.

However, the Government of India discovered that not only did this document exist but that it existed as an official Portuguese document, undersigned by two Portuguese Governors of Goa, and that in fact this document was part of the official Portuguese treaty text of 4 May 1779 and 11 January 1780.

With the permission of the Court, I shall briefly relate how we came to find this document.

After the submission of the Counter-Memorial it came to the knowledge of the Government of India that a well-known historian, the late Reverend Father Heras, a Professor of History at the St. Xavier College in Bombay, had gone to Goa in the nineteen thirties and collected some historical papers in connection with his researches. We were advised to study these papers. The Government of India sent to Bombay two of its Research Officers—both of whom are present here as members of the Indian Delegation—to look into this matter. They went to St. Xavier's College and looked into a cupboard containing the papers of the late Reverend Father Heras. Searching through his papers they discovered a photographic copy of a document from Portuguese archives of Goa—a document which happens to be the Portuguese official text of the treaty of 4 May 1779 and 11 January 1780. It is this document which the Government of India has produced in facsimile at III, pages 336-366 of the Indian Rejoinder (Indian Annex F No. 23). When this photocopy was compared with the photocopy of Annex No. 1 of the Memorial submitted by the Portuguese Government it became immediately clear that both the documents were from the same book of archives and were in fact to be found there together, side by side. Where one ended the other began.

It is in this document of 4 May 1779, and 11 January 1780, which is the official text of the Portuguese treaty of 1779 and which, be it noticed, still exists in the Portuguese archives, that the word “jagir” is found. Article 17 in the Marathi version of this document reads (this is Indian Annex C No. 5 and the actual text is):

“The Firangee State entertains friendly sentiments towards the Pandit Pradhan; the Envoy conveyed assurances. Therefore, *it is agreed that the Pandit Pradhan should assign towards Daman from the current year a Jagir of the revenue of twelve thousand rupees in Prant Daman.* Accordingly a Sanad listing the villages be given to the Firangee State by making a separate agreement.” (That ends the Article.)

Mr. President and Members of the Court, the translation from the Marathi version of this article is given at III, page 365 of the Annexes to

the Rejoinder. The Court will notice the words: "Jagir of the revenue of twelve thousand rupees". This is what was intended to be given by the Marathas to the Portuguese.

We would like to ask, can these words "Jagir of the revenue of twelve thousand rupees" connote cession of territory in sovereignty?

Mr. President and Members of the Court, on the morning of 24 September, Professor Braga da Cruz referred to this discovery by the Government of India and admitted the existence of the document (English translation, Verbatim Record, pages 353 and 354). He also tendered an apology. Mr. President and Members of the Court, the omission and the apology for it may be explicable, but we cannot forget that the document which was solemnly stated by the Portuguese Government to be non-existent, does in fact exist in the Portuguese archives, and that, despite the apology, the Portuguese Government has not considered it fit to produce it to the Court. Counsel for Portugal stated that this omission was due to a mistake, I quote from the English translation of page 354 of the Verbatim Record:

"a mistake such as is always possible in a work of this length".

Mr. President and Members of the Court, we are asked to believe that when the Portuguese Government prepared its case those responsible for the collection and study of documents did not notice this particular document. Nor was this document noticed, we are told, when the document which was lying next to it was taken out for the purpose of taking a photocopy. We are also asked to believe that they did not read the collection by Biker—a work profusely quoted by the Portuguese Government in its pleadings—at the place where he states that the original Portuguese text of 1779-1780 *with an intercalated Marathi text*—and those, Mr. President and Members of the Court, are the important words—with an intercalated Marathi text, is to be found in the Portuguese Book of the Peace Treaties at the pages specified in Biker's book. Mr. President and Members of the Court, we may accept the explanation given by Professor Braga da Cruz, but what we do not understand is why, despite the apology and the explanation, the Portuguese Government has not even now produced the original of this document.

Mr. President and Members of the Court, may I, at this point, respectfully draw your attention to paragraph 63 of the Preliminary Objections, paragraph 50 of the Counter-Memorial, paragraphs 1 and 2 of the Rejoinder and the Indian Agent's letter of 12 August 1958? The keeping back of this document by Portugal and its discovery by the Government of India lends added force to the observations made there. We feel that Portugal has made a deliberate attempt to keep back documents unfavourable to her argument. In the main, Portugal has produced and sought to draw legal conclusions from documents in the Portuguese language. She has relied on what she describes as contemporary official translations or copies of alleged Maratha documents and she has not produced the Maratha documents themselves. Whether these exist or not we do not know.

Barring a few exceptions, these are the kind of documents on which Portugal has rested her case.

To return to our discussion of the alleged treaty, it is the Portuguese official text of the alleged treaty which describes the grant, as we have already seen, as "Jagir" of the revenue of 12,000 rupees.

Can anything be clearer?

However, after referring to the Marathi version, Professor Braga da Cruz went on to state that the Portuguese Government could not be bound by the description of the grant as "Jagir" in the Portuguese document of 4 May 1779, and 11 January 1780—a document which we notice bears the seal of the Portuguese State and is signed by two Portuguese Governors of Goa, Camara and De Souza.

He went on to suggest that at some later date a Marathi version was prepared by an unknown person and was inserted, article by article, within the Portuguese official text which had been previously signed by Camara and De Souza.

Now what suggestion could be more futile than this?

He went on to suggest that this insertion of the Marathi text into a Portuguese document was the work of the Marathas and he said, I quote from the English translation of page 354 of the Verbatim Record of 24 September:

"In the first place there is no guarantee that the translation in question—this Maratha translation of the Treaty—was the work of Portuguese translators. The vocabulary, style and phraseology, on the contrary, have all the features of documents issuing from the Punem Chancellery, as leaps to the eye when these are compared with the other Maratha documents published among the Indian Annexes. Thus, everything leads one to suppose that this is a text made by the Marathas and that the Portuguese Government reproduced it *bona fide* in the *Livro de Pazes* along with the original Portuguese text of the Treaty."

So said my learned friend.

Assuming for one moment, Mr. President and Members of the Court, the Maratha origin of this document, would that not show a clear intention on the part of the Marathas to grant only a "Jagir of the revenue of 12,000 rupees"?

However, we find that this Marathi version is an integral part of the Portuguese official text of the treaty and was prepared by the Portuguese *before* the document was signed by Camara on 4 May 1779. There is historical evidence that Camara left the shores of India in the same year, 1779. He could not have returned to Goa to sign a copy of the treaty after an unauthorized Marathi version had been interpolated into it.

There can be no doubt, Mr. President and Members of the Court, that this Marathi version is an official document of Portugal. The very language and construction of the text shows it to be such. To give only one example: it is a well-known historical fact that the Marathas never described the Portuguese as "*Hazrat Estad*", that is "the majestic State". As appears again and again from the documents in the file, the Marathas when speaking of the Portuguese always used the word "*Firangee*". And it is the expression "*Hazret Estad*" and not "*Firangee*" which is found in this Maratha version.

Again, Counsel for Portugal proceeded to state in the same connection that the Portuguese Governors or Viceroys of Goa, Camara and De Souza, incurred no legal responsibility by signing a text which was drawn up in a language unknown to them. Mr. President and Members of the Court, this then is the manner of the reasoning of our learned opponents; a manner of reasoning which in our submission clearly indicates a

certain amount of nervousness resulting from the discovery of the official Portuguese text of 4 May 1779 and 11 January 1780, an official text which contains an admission of the nature of the grant as being a "jaghir of the revenue of 12,000 rupees".

Mr. President and Members of the Court, I shall show a little later that the Sanads, orders, account papers and other documents of the Marathas make it clear beyond a shadow of doubt that the grant which the Marathas intended to make and which they actually made in 1783 and 1785 was the grant of revenue in a tenure known as Saranjam or Jagir. That I shall do a little later, perhaps in my address this afternoon. Here I should like to dwell briefly upon the attitude of our learned opponents as regards the intention of the Parties. They state that if the intention of the Marathas was to make a grant of Jagir or Saranjam, that was not the intention of the Portuguese. Counsel for Portugal seemed to rely on the divergence of the intention of the Parties in order to prove their point that the grant was not in fact the grant of a Saranjam or a Jaghir.

Thus, on the morning of 24 September, Professor Braga da Cruz stated, and I quote from the English translation of page 355 of the Verbatim Record of that day:

"It follows from what we have just been saying that the terms 'Saranjam' and 'Jaghir' in the few documents that used them to describe the territorial concession to the Portuguese by the Marathas, never appear as an expression of mutual agreement between the High Contracting Parties. There is no text in existence from which it can be inferred that the Portuguese consciously adhered to that description, still less that they were aware of a Maratha claim to impose upon them the concession of a specific legal structure by the use of those terms."

Is this not an admission by Portugal that there was a serious divergence in the intentions of the Parties as to the nature of the grant? How can then Portugal insist that there was a true accord or treaty between the Parties? If Portugal intended to acquire sovereignty over Maratha territory, it is equally clear the Marathas intended to make a revenue grant in a tenure known as "Saranjam" or "Jaghir". How could there have been then a true agreement or accord between them?

Mr. President and Members of the Court, I shall now deal with a further material divergence in the texts of the alleged treaty. We have shown in our pleadings that there are four texts or versions of the alleged treaty: first, the Maratha text of 17 December 1779; secondly, the translation of that text in the Portuguese language made by Wagh, the official translator of the Portuguese Government—the version which was sent to the Queen of Portugal—a document dated 6 January 1780; thirdly and fourthly, we have the Portuguese text of 4 May 1779 and 11 January 1780—an official document signed by the Portuguese Governor-General Camara on 4 May 1779, and countersigned by his successor, De Souza, on 11 January 1780—a document which contains two intercalated texts—a Portuguese text and a Marathi text.

Mr. President and Members of the Court, in our pleadings we have dealt fully with these texts and versions of the alleged treaty and demonstrated the differences between them: in the Counter-Memorial at paragraphs 72 to 82 and in the Rejoinder at paragraphs 77 to 96.

We have shown that if these texts are compared it emerges quite clearly that Wagh, the official Portuguese translator, made a very serious and deliberate attempt to distort the language of the Maratha text of 17 December 1779. It was this distortion which was seen by the Queen of Portugal. This official translation of the Portuguese Government introduced in Article 17 phrases not to be found in the Maratha document. In his translation he set out to give an *opposite interpretation of the Maratha text*. In the Maratha text the authority and jurisdiction—*Amal*—is expressly reserved by the Maratha ruler. In Wagh's deliberate mistranslation the "dominion"—and this is the word used by him—the "dominion" over the Maratha villages is sought to be given to the Portuguese and taken away from the Marathas. In his translation we find the words—I quote from Indian Annex C No. 4:

"without having in them dominion, nor any other hindrance on the part of the Sarkar".

And this is the document relied upon by Portugal in her Memorial to prove the cession of territory in sovereignty from the Marathas. May I, Mr. President, and Members of the Court, read out Article 17 in Wagh's translation? It reads thus:

"As the Portuguese have acted with the greatest friendship towards the Sarkar, as proved by Naraen Vital Dumo, which friendship shall be maintained henceforward, from the current year he shall give, namely in Daman, villages of Rs. 12,000, without having in them dominion nor any other hindrance on the part of the Sarkar, and in which the Portuguese shall not erect buildings in accordance with the arrangements made, and the villages shall be specifically mentioned."

That ends the article in that translation. It is this distortion which has been relied upon by Portugal as her title to sovereignty over Maratha villages. It is this version which is reproduced in the printed Annex No. 1 to the Portuguese Memorial.

A fairly full account of this deliberate mistranslation will be found at paragraph 91 of the Rejoinder. The fact that there was collusion between the Portuguese envoy, Narayan Vithal Dhume and the Portuguese official translator Anant Kamodi Wagh, is not a mere presumption arising from the fact that both belonged to the same community, were known to each other, and were in the service of the same Portuguese Government.

We have demonstrated how the distortion is the result of a very clever and conscious introduction of a grammatical ambiguity. We have shown how Wagh put the Portuguese conjunction "nem", equivalent to the English "nor" or the French "ni", at a particular place, thus changing the meaning of the Maratha text. And he added the words:

"Nor any hindrance on the part of the Sarkar",

words which are not to be found in the Maratha text.

Mr. President and Members of the Court, a detailed explanation on these points is given at paragraph 93 of the Rejoinder, and I shall not go into it again here. But I would like to point to the fact that the Portuguese Government made an attempt to cover up this ambiguity in the French translation which they presented to the Court as Annex 1 to the Memorial. They also suppressed in that Annex the equivalent of the words "on the

part of the Sarkar" which are to be found in Wagh's translation. Be it noticed that these are the words which do not occur in the original Maratha text.

Mr. President and Members of the Court, if the Portuguese Government contends, as it does, that all along Portugal's intention was to acquire territory and cession of sovereignty from the Marathas, then the motive for the collusion and the perpetration of a fraud on both parties by these two gentlemen, Dhume and Wagh, becomes very clear. Dhume, the Portuguese envoy in the Maratha Court, knew full well that the Marathas intended to make a grant only of Saranjam or Jagir. Wagh, on the other hand, wished to please the Portuguese and his distorted translation was music to the ears of the Queen of Portugal.

Mr. President and Members of the Court, one thing at least emerges from this: the parties were not *ad idem*. There was no meeting of minds at least on the subject-matter of the grant. There was divergence in the texts and versions of the alleged treaty. There was divergence in the intention of the parties. Could we then say that there was a true treaty or accord between the parties?

[Public hearing of 14 October 1959, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, I shall now examine the question whether there did in fact exist a binding treaty between the Marathas and the Portuguese executed in a proper form.

Portugal admits that there was no document which was signed and sealed by both the Parties. This is admitted by Counsel for Portugal and the point does not therefore call for any discussion. We may only take note of this fact: no document exists which has been sealed or signed by both the Parties.

I shall show presently that no exchange took place either, between the Portuguese and the Marathas, of official and authentic treaty documents. But before I do that I should like to deal with the assertion of the Portuguese Government that there was in India a practice whereby treaties came into force as a result of an exchange of unilateral documents.

In paragraph 80 of the Rejoinder, the Government of India has demonstrated that, contrary to the assertion of the Portuguese Government, treaties entered into in India in the eighteenth century were required to be signed, sealed and ratified in a proper manner. Several examples of treaties concluded between the Marathas and others have been cited in Indian Annex F No. 21, and these examples show the requirements of seal, signature and ratification.

As regards ratification in particular, the Government of India showed on the authority of the Portuguese Viceroy, De Souza himself, that it was necessary. I refer to paragraph 81 of the Rejoinder. In paragraph 80 of the Rejoinder it was shown how a treaty between the Portuguese and an Indian ruler, the Angria, never came into force because it was refused approval by the Queen of Portugal. In 1778 this ruler sent a sealed and signed text to the Portuguese at Goa. The Portuguese Viceroy wrote to the Queen for approval. In 1782 the Queen communicated her disapproval of the treaty proposed by the Angria in 1778, and consequently that treaty never came into force between the Portuguese and the Angria and created no legal obligations for any party. It was treated as null and void.

It will be recalled that Counsel for Portugal tried to draw a distinction between a treaty not having come into force at all and its subsequent denunciation by the Queen of Portugal. He stated that the disapproval of the Queen resulted only in denunciation of a treaty which had remained in force till that time. Unfortunately, however, the testimony of the Portuguese Viceroy De Souza runs contrary to the assertion of Counsel for Portugal. At Indian Annex E No. 9 will be found a letter written by De Souza. He writes:

“I executed the royal orders, writing to the said petty king, and remitting to him the letter from Your Excellency, and the treaty with the alterations which appeared from the notes placed in the margin of the different articles thereof; declaring that *if he agreed thereto the treaty should come into force*, and should he not agree, I would hold it to be null and void.”

However, we find that this is the example, and the only example, which the Portuguese Government cites in proof of its assertion that in India in the eighteenth century mere exchange of unilateral documents, unaccompanied by ratification or other formalities, resulted in the legal conclusion of treaties. The so-called Angria treaty is the only example which the Portuguese Government has been able to find. It is obvious that this is an example of a treaty failing to come into legal force by reason of the absence of a ratification, and it does not in any way support the assertion of the Portuguese Government.

On the morning of 23 September, Professor Braga da Cruz stated that a specific procedure had been already prescribed by the Marathas and the Portuguese for the formalities which were to be observed for the conclusion of a treaty between them. He referred to the Maratha proposal of 1775, which is given at Indian Annex E No. 3.

Mr. President and Members of the Court, with your indulgence, I should like to quote the same document again, and show that it does not in any way establish the point urged by Counsel for Portugal. I quote:

“Accordingly an agreement is drawn up. The Firangee shall conclude the same ceremoniously according to his custom and shall seal and sign it. The Peshwa shall put his seal on this agreement ceremoniously according to his custom and shall deliver it to the Firangee and the Firangee shall deliver it to the Peshwa.”

Now, Mr. President and Members of the Court, it will be noticed that even according to this procedure the Peshwa was to put his seal on—I quote—“this document”, that is, the document sealed and signed by the Firangee, and indeed this was the custom of the Peshwa, as can be seen from the examples given in Indian Annex F No. 21.

Was this procedure followed on this occasion?

We know that no document is to be found with the seal and signature of both the Portuguese and the Marathas. We also know, Mr. President and Members of the Court, that the official Portuguese text of the treaty with the red seal of the Portuguese State and the signature of two Portuguese Viceroys is still lying in the archives of the Portuguese Government. A sealed and signed Portuguese text was never sent to the Marathas. It could not have been sent to Poona when it is still lying in Goa or Lisbon. We have it on the authority of the Portuguese archivist, Biker, that the original is lying in the Portuguese Archives of India, in the Second Book

of the Peace Treaties, at folio numbers specified by him. Yet it has been suggested by the Portuguese that the original document was sent to the Marathas.

In order to establish this fact, Portugal relies on a translation in the Portuguese language of a letter purporting to be a letter from the Peshwa; a translation, be it noted, which was made by the official Portuguese translator, Wagh; and we are asked to believe that this translation discloses an admission on the part of the Maratha ruler that he had received a signed and sealed official Portuguese text.

As the Government of India has shown in paragraph 83 of its Rejoinder, all that the Marathas received from the Portuguese was a proposal in the Marathi language. That was the language they could read and understand.

Counsel for Portugal referred in this connection to the documents at Indian Annex F No. 22. These documents only support our submission—that all that the Marathas received were the proposals from the Portuguese, a draft in the Marathi language, as a basis for discussion. Indian Annex F No. 22 is seen to consist of correspondence between two Maratha officers. The Maratha officers speak in that correspondence of the discussions that were then taking place with the Portuguese envoy. How could there be a treaty if there was still scope for discussion and negotiation? I quote from the letters:

“A treaty is being negotiated for the last two or three years. In respect of this a treaty drawn or drafted by the Firangee was sent here; of this a copy is sent to you.”

The other letter states:

“A reply to this letter must be received early, to negotiate with the Envoy of the Firangee.”

Surely, all this means that a proposal was under discussion? Thus, it is clear that not only was the Maratha document of 17 December 1779, which bears the seal of the Peshwa, never signed or sealed or ratified by or on behalf of the Portuguese sovereign, but that even the Portuguese text of 4 May 1779 was not, after its execution by the Portuguese Viceroy, sent to the Marathas. There was not even the exchange of unilaterally signed formal documents.

Mr. President and Members of the Court, we have seen that the Maratha text differed from the Marathi version which is found intercalated in the document of 4 May/11 January. The document of 4 May/11 January does not mention the prohibition against the Portuguese. The Maratha text of 17 December sought to impose an obligation on the Portuguese. How could Portugal be bound by the obligation unless she accepted it? Till this obligation was entered in the Portuguese text and was given formal acknowledgement by Portugal it could not bind her.

The Maratha text of 17 December is therefore seen to be a counter-proposal and not an acceptance of a Portuguese proposal.

We find that the Portuguese Government did not append its signature to the Maratha text of 17 December nor did it offer its own text.

Mr. President and Members of the Court, I have already drawn attention to the fact that the Portuguese authorities at Goa and Lisbon did not see a correct translation of the Maratha text of 17 December 1779. The Maratha text was neither understood nor approved. However,

we have the authority of the Portuguese Viceroy, De Souza, for the statement that such approval was necessary. In his letter to the Portuguese Secretary of State at Lisbon, a letter dated 1 January 1781 (Indian Annex E No. 7) he writes:

“The ruler of the Marathas signed the treaty and forwarded it to me with the request that I should approve it. I approved it and signed it as it seemed convenient in the public interests of the State.”

And he continues:

“I enclose herewith the copies of letter of Madhav Rao and the treaty: of which I informed you in order that it being submitted to Her Majesty she may decide what she thinks is the best.”

That is how we learn from the Portuguese Viceroy that it was necessary for the Queen to approve the Maratha document of 17 December 1779.

Was that document in fact approved?

We know that no Portuguese agent put his signature on that document. We know also that the Portuguese Viceroy counter-signed the official Portuguese document of the treaty and kept it in his archives pending the approval of the Queen of Portugal. Are we to assume that before receiving the approval of the Queen of Portugal he informed the Marathas that he had approved their document of 17 December 1779?

Mr. President and Members of the Court, the Governor of Goa received a reply from the Secretary of State at Lisbon. The letter from Lisbon is dated 22 February 1782 and is given in Biker's Collection. We have reproduced it at Indian Annex E No. 8. This letter shows that what was sent to the Queen for approval was not the Maratha text of 17 December 1779 or even the Portuguese text of 4 May 1779. What was sent to the Queen was the distorted translation made by Wagh. It was this distortion which was approved by the Portuguese Queen. The Secretary of State wrote to the Governor of Goa that the translation of the clauses was ambiguous but that: “from what one can infer from them, it would appear that this agreement is suitable to us; accordingly Her Majesty has found fit to approve the same treaty”.

Mr. President and Members of the Court, we know what the Queen of Portugal must have inferred from Wagh's mistranslation. She inferred that dominion had passed from the Maratha Sarkar to the Portuguese.

On the morning of 23 September, Professor Braga da Cruz stated that the Maratha documents in the file admit the conclusion of a treaty. What Counsel for Portugal forgot is that the references in the Maratha documents are not to the conclusion of a bilateral treaty between the Marathas and the Portuguese. The reference is to the signing of a document on 17 December 1779 and its transmission to Goa in anticipation of the completion of formalities laid down in the Maratha document of 1775. I have already referred to the document at Indian Annex E No. 3. The Maratha documents which speak of the conclusions of the treaty in the year Samanin refer to the drawing up and despatching of the document of 17 December 1779.

In good faith, and in anticipation of the observance of the procedure laid down in the document of 1775, the Maratha Government proceeded to implement a promise which it had given as long ago as 1776.

In fact, as we have seen, there was no reciprocal observance on the part of the Portuguese.

With your permission, Mr. President and Members of the Court, I shall now examine the nature of the promise or understanding of 1776.

Mr. President and Members of the Court, at paragraph 17 of the Rejoinder is given an account of the Maratha decision of 1776 to make a grant of saranjam to the Portuguese and to Narayan Vithal Dhume, the Portuguese envoy to the Maratha Court. That decision or resolution is to be found in a Maratha document of 24 August 1776, given at Indian Annex C No. 6.

Mr. President and Members of the Court, I shall now read the relevant portion from this document:

“The Sarkar and the Firangee entered into friendship. Therefore, the Firangee should be assigned villages of the total revenue yield of Rs. 15,000 useful to Daman. Care should be taken that after the assignment the authority of the Sarkar will meet with no obstruction. Accordingly, without interruption of Sarkar’s authority, they should be assigned. Imarat should not be erected in villages so granted. Accordingly, this agreement be made.”

This document is dated 24 August 1776. Two days later the Portuguese envoy at the Maratha Court, Narayan Vithal Dhume, wrote to the Portuguese Government at Goa. This letter is given at Annex 25 of the Portuguese Reply. In that letter, after stating to the Portuguese Government that he had obtained a sum of Rs. 66,000 and odd as compensation for the damage to a Portuguese vessel *Santa Anna*, he went on to say in the next paragraph that he had also succeeded in obtaining for the Portuguese an income or revenue of Rs. 12,000. Thus he states:

“I obtained, in addition the grant to the State of Rs. 12,000 income in villages in Daman.”

It will be noticed that the Maratha decision of 1776 referred to a sum of Rs. 15,000.

As we have shown in our pleadings and documents the Saranjam or Jagir granted by the Marathas was of the revenue of Rs. 15,000 — Rs. 12,000 to the Portuguese and Rs. 3,000 to Narayan Vithal Dhume, and the grant to both was made in identical terms.

Thus we referred to the Maratha documents at Indian Annex C No. 8 (Part 1). There are in that Annex two documents, one relates to the Saranjam grant to the Portuguese worth Rs. 12,000 and the other to the Portuguese envoy, Narayan Vithal Dhume, worth Rs. 3,000. This similarity in the grant is to be seen in all the documents: identical words are used. I need refer only to paragraph 209 of the Rejoinder. Extracts from various Maratha documents (from Indian Annex C No. 7 to Indian Annex C No. 18) have been given in that paragraph. The expressions Saranjam, Jagir and Dumala are used in respect of both the Portuguese and the Portuguese envoy, Narayan Vithal Dhume. The legal effect of the Maratha documents relating to the grants in 1783 and 1785 is summed up in paragraph 208 of the Rejoinder under six heads. With the permission of the Court, I shall read the six points that we made there:

“1. The grant made by the Marathas to the Portuguese and to Narayan Vithal Dhume was a grant of Saranjam or Jagir.

2. The grants in question were made in implementation of the Maratha resolution of 1776 and were in no way dependent on the alleged treaty of 1779.
3. No distinction was made by the Marathas between the grant to the Portuguese and the grant to Narayan Vithal Dhume.
4. The expression "assignment of villages", which means assignment of the revenues of particular villages, was used in documents relating to the grant to Narayan Vithal Dhume as also in the documents relating to the grant to the Portuguese.
5. The collection of certain dues and taxes was excluded from the grant of revenues, both in the case of the Portuguese and also in the case of Narayan Vithal Dhume.
6. Both the grantees, the Portuguese and Narayan Vithal Dhume, were prohibited from raising imarat or building in the "assigned villages", where it was stated the authority and jurisdiction of the Maratha Ruler was to continue without interruption."

Now, Mr. President and Members of the Court, Portugal does not deny that that Narayan Vithal Dhume received from the Marathas was a mere Saranjam, a revenue grant.

Thus in paragraph 97 of the Reply they have stated:

"The concession granted to Narana Sinai Dumo had only a transitory and precarious character and became moot in 1790 at the time of the death of the interested party."

However, as we have seen, no difference of any kind is to be found in the Maratha instruments of the grant between the grant to the Portuguese and the grant to Dhume.

The nature of the grants being identical, we find even the Portuguese Government admitting that Portuguese authorities of Goa sometimes confused one grant with the other. Thus we find the admission in the footnote to paragraph 95 of the Reply that it was thought at one time that the two villages, Kubharia and Suklav, which had been granted in Saranjam to Narayan Vithal Dhume, also formed part of the grant to the Portuguese.

Besides this admission, we find further evidence of this confusion in a published work in Portuguese entitled *Historia de Damão* by Bragança Pereira (the Rangel Press, Bastora, 1939.) That work reproduces a letter from the Governor-General of Goa to the Governor of Daman. That letter, which is dated 17 May 1783, reads:

"When you take possession of the villages on behalf of the Crown of Her Majesty, you should do so, on behalf also of the same Crown, in respect of the villages for which the Sanad has been issued to Narana Sinai, in order to complete the revenue of twelve thousand rupees, in case the villages which are offered do not yield the said revenue, and you shall make efforts in order that villages adjacent to the jurisdiction of these citadels may be handed over."

At this point, Mr. President and Members of the Court, I should like to explain that the expressions "granting of villages" and the "assignment of villages", far from signifying the cession of territory in sovereignty, do not signify even a transfer of property over the lands or villages in

question. Assignment of villages, or the granting of villages, means the assignment of the revenue of the villages. It will be readily seen that the Sanads under which a Saranjam grant was made to the Portuguese envoy, Narayan Vithal Dhume, used the same words, "giving of villages" or "assignment of villages" which are to be found in the Sanads relating to the Saranjam grant to the Portuguese. In this connection, I would respectfully like to draw attention to paragraph 211(c) of the Rejoinder and footnote 1 to page 60 of the same pleading.

Now, Mr. President, and Members of the Court, do not these facts show that both the Portuguese and their envoy received the same kind of grant from the Marathas?

Can Saranjam or Jagir be anything other than what it has been described in the Maratha documents—a concession to collect the Maratha Government's share of the revenue—nothing more, nothing less?

Mr. President and Members of the Court, faced with these facts Portugal pretends that she does not understand the clear meaning of the expression "saranjam" or "jagir".

At paragraph 56 of our Counter-Memorial, we explained the meaning of the expressions "saranjam" and "jagir". We referred to works of authority and to decisions of the Indian High Courts and the Judicial Committee of the Privy Council.

In her Reply Portugal resorted to finding non-legal meanings of the words saranjam and jagir. She tried to show that the words saranjam and jagir did not necessarily have a legal connotation and that the Maratha documents relating to the grant used them in a loose, popular sense.

On the morning of 24 September, Counsel for Portugal put forward the same argument. I quote from the English translation of page 355 of the Verbatim Record of that day:

"the word Jagir does not necessarily bear a legal significance, but may also be used to express simply the idea of the gift or grant of certain things".

Now, Mr. President and Members of the Court, assuming that jagir or saranjam meant, as Portugal seems to contend, "material, apparatus, implements, furniture, et cetera", how could a grant of jagir or saranjam denote cession of territory in sovereignty? How does that argument help the Portuguese Government?

Mr. President and Members of the Court, in our submission, it would be ridiculous to suggest that jagir or saranjam, in the context with which we are concerned, could mean anything but a revenue grant in a certain tenure. It certainly could not mean "apparatus, implements, furniture, et cetera". The meaning of the terms "saranjam" and "jagir" is made absolutely clear in the study of the subject which we have given in paragraphs 98 to 142 of the Rejoinder. In the face of the refusal of the Portuguese Government to understand the clear and incontrovertible meaning of these terms "saranjam" and "jagir", the Government of India found it necessary to explain the meaning of the Moghul and Maratha grants known as jagir and saranjam. The Government of India referred to the works of British Indian administrators and the decisions of the Indian courts and of the Privy Council. The decisions of the Indian courts and the Judicial Committee of the Privy Council are relevant, because these courts were concerned with original Moghul and Maratha grants of jagir and saranjam, and they sought to interpret their nature on the

basis of serious, legal and historical studies made in India over more than a century.

Besides disputing the ordinary legal meaning of saranjam and jagir, the Portuguese Government has spent some time trying to prove that, and I quote from paragraph 87 of the Portuguese Reply, "there existed saranjams (even in favour of simple individuals) which included the concession of the land on a hereditary and perpetual basis".

Quite apart from the fact that this statement is, we submit, incorrect as a proposition of law, how does it in any way help the Portuguese Government? Whether a saranjam or jagir was hereditary or not, it was in every case a *revocable* grant held at the pleasure of the sovereign. This is made abundantly clear in our study and I need only quote the classical definition of jagir given by Wilson. We are glad to find that the Portuguese Government accepts the authority of Wilson. I quote from page 224 of Wilson's *Glossary*, published at London in 1885:

"a Jagir was also liable to *forfeiture* on failure of performance of the conditions on which it was granted, or on the holder's *incurring the displeasure* of the emperor".

Thus a jagir could be *forfeited* either on failure of performance of a condition, or quite apart from the performance or non-performance of a condition, when the holder incurred the displeasure of the sovereign. It was then clearly a revocable grant.

The Portuguese Government has stated that a jagir could "in certain circumstances become a perpetual and transferable estate". In that connection, I should like to read the next sentence in the quotation which I have already made from Wilson:

"On the other hand, *in the inability of the State to vindicate its rights*, a Jagir was sometimes converted into a perpetual and transferable estate."

Two points are to be noticed: first, that it was only as a result of the inability of the State to vindicate its *rights* that this happened. In the second place, a jagir could even in these circumstances turn only into a *property* of some kind. It could not turn into a *cession* of territory in sovereignty.

We have shown in the pleadings, and I shall refer to this again, that the Portuguese defied the Maratha Government and usurped the rights of the Marathas. It is in this manner that they came to be in occupation of the Maratha villages. But that is not the same as to say that they acquired, or could acquire, a right to the prejudice of the Marathas.

Before we pass on, we might note that Wilson, the authority I quoted a little while ago, is quite clear as to the true meaning of Maratha saranjam tenure. The quotation from page 465 of his work has been given at III, page 58 of the Rejoinder. I read:

"Saranjam, among the Marathas, was applied especially to the temporary assignment of revenue from villages or lands; *these* were neither transferable nor hereditary and were held *at the pleasure of the sovereign*".

Portugal next asserts, Mr. President and Members of the Court, that the jagir or saranjam grant was given, or was intended to be given, under a treaty and it must therefore be seen in a different light.

We have shown, Mr. President and Members of the Court, there was no treaty between the Marathas and the Portuguese. Furthermore, as we have already seen, it is Counsel for Portugal who state that as regards the subject-matter of the grant the Parties had not a common intention. If so there was no treaty and no accord.

Thus, on the morning of 24 September, Professor Braga da Cruz stated, and I quote from the English translation of page 353 of the Verbatim Record of that day:

“Whether the grant to the villages should or should not be termed a saranjam or jagir, the first fact to bear in mind is that the concession was granted under a treaty and that a treaty obviously represents a common intention. That is to say, the grant could only have been given that description in accordance with the Treaty itself and as an expression of a mutual understanding between the High Contracting Parties. In fact, however, that condition was not fulfilled.”

So says here our learned opponent, and he continues:

“Neither of the original versions of the Treaty describes the territorial concession to the Portuguese as a saranjam or jagir.”

If Counsel for Portugal dispute the common intention of the Parties on the subject-matter of the grant, if they say that the Treaty did not define the grant as saranjam or jagir, how can they assert at the same time that this was a treaty saranjam?

However, we have shown, Mr. President and Members of the Court, that the so-called treaty saranjams were also revocable tenures. At III, page 73 of the Rejoinder, we have reproduced a citation from the Privy Council Judgment of *Sheik Sultan Sani v. Sheik Ajmodhin*. This is what their Lordships said in that Judgment, I quote:

“Their Lordships entertained no doubt that the engagements entered into by the English Government with the Rajah of Satara and with the several jagirdars did not impart any greater fixity of tenure than had been previously enjoyed by those jagirdars under the native rulers and that their jagirs were liable to resumption at the will of the Government.”

It is clear that even if a treaty were to exist a saranjam or jagir could not be anything else than a revenue grant liable to resumption and revocation at the will of the grantor. Under no circumstances could it be anything but a revenue grant.

Mr. President and Members of the Court, Portugal contends that the description of the grant as saranjam or jagir is to be found in the Maratha documents only here and there and that the words “saranjam” and “jagir” are in these documents used in a loose colloquial way.

Mr. President and Members of the Court, on the contrary, we submit that the description and definition of the grant to the Portuguese as a saranjam grant permeates the whole body of the Maratha documents which have a bearing on the grant.

Mr. President and Members of the Court, I shall not take up the time of the Court by going into these matters in detail, I shall only indicate briefly the nature and effect of the Maratha documents.

The first set of documents relates to the grant which was intended to be made in 1780 and which was actually made in 1783 and 1785. The Maratha Sanads enumerated the items of revenue—the various kinds of taxes and those alone which could be collected by the grantees—to mention a few by way of example, land revenue, house tax, cart tax, vegetable tax. The hereditary dues known as watans were excluded from the grant, and the very important tax known as zakat was reserved for the State, that is, the Maratha State. I refer in particular to paragraphs 88 and 89 of the Counter-Memorial and the documents cited there.

Then there was the restriction on the raising of imarat, a building or fortress. The Maratha State never permitted a saranjamdar to raise an imarat. We find an injunction to Maratha agents, the mukadams, not to permit the saranjam holder to raise an imarat (Indian Annex C No. 10).

The next set of papers are the Maratha account papers. In this connection, I respectfully invite the Court's attention in particular to paragraph 241 of the Rejoinder.

The Maratha chancellery maintained detailed accounts of the revenue assignments. The assignments in favour of the Portuguese and their envoy Dume were shown in these papers as "Par Darbar Khareh", that is, expenditure on external affairs. Then we have the documents relating to the attachment of the saranjam, that is, the suspension of the revenue grants and those relating to the Maratha tax collection of Zakat, Ramnagar, Chambirgad and Nagar Aveli zakat. We have dealt with these matters in detail in paragraph 246 and the following paragraphs in the Rejoinder and shown that the Maratha State had reserved to itself the collection of this tax in Nagar Aveli. Finally, we have the petition of the people of Nagar Aveli to the ruler praying to him to terminate the revenue grant to the Portuguese (Indian Annex C No. 30) followed by the resolution of the Maratha Government to revoke the saranjam to the Portuguese. This document is given at Indian Annex C No. 31. It is a brief document and makes the nature of the original grant absolutely clear.

May I, with your permission, Mr. President and Members of the Court, read this document, it runs:

"The Vakil from the Firangee of Goa was always accredited to the Sarkar at Poona and the services of the Sarkar were performed by the Firangee of Goa. For this the Mahal of Nagar Haveli, Taluka Bassein, has been granted by the Sarkar in Saranjam to the Firangee of Goa. Of late no services to the Sarkar are rendered by the Firangee. And the Vakil does not reside at Poona. Therefore the Mahal should be resumed."

Mr. President and Members of the Court, this document contains a full and clear description of the grant that had been made to the Portuguese, a recoverable grant of a revenue tenure. It shows, in our submission, firstly, that the grant to the Portuguese was a saranjam or revenue grant; secondly, that Nagar Aveli continued after the grant to be in the Maratha jurisdiction of the *Prant* or province of Bassein; thirdly, that the condition of the saranjam grant was, (a) the performance of service by the Portuguese to the Maratha Sarkar and, (b) the existence of friendly relations signified by the presence of the Portuguese envoy at the Maratha Court; fourthly, that the Portuguese having failed to

perform these conditions, the Maratha Sarkar resumed the "mahal", that is to say, it terminated the grant.

Mr. President and Members of the Court, in the face of all this evidence showing the clear nature of the grant, Counsel for Portugal contends that we must not attach too much importance to the internal unilateral documents of the Marathas. They say that for the purpose of determining the nature of the grant we must attach equal or even greater importance to the internal unilateral documents of Portugal. This, in our submission, is a strange proposition.

The nature of a grant, we submit, has to be gathered from the intention of the giver and not that of the receiver; and, in this case, it was the Marathas who were supposed to make the grant and not the Portuguese.

Portugal contends that there was a treaty—and you must look first at the treaty; but we have shown that there was no treaty; we have also shown that none of the texts or versions of the alleged treaty contains the slightest indication of cession of sovereignty, except the notorious mistranslation of Wagh. We have carefully examined all these texts and versions and shown, in my submission conclusively, that assignment of villages, jagir, contribution of revenue, was all that was intended. But Portugal persists. She seeks the aid of other treaties to show that under those treaties cession took place of territories which were measured on the basis of their revenue yield.

Thus, on the afternoon of 24 September, Professor Braga da Cruz referred, in that connection, to treaties of 1817, 1802, 1804, and 1776. What Professor Braga da Cruz however omitted to remember was that all the articles which he mentioned contain the clear expressions "cession", "perpetual sovereignty", and so forth. Be it noted that he was citing from Annexes produced by the Government of India precisely to show that when the Marathas intended to make a cession of territory in sovereignty, they used clear words to that effect.

May I, Mr. President and Members of the Court, most respectfully invite you to look at that Annex, Indian Annex F No. 41, which is entitled, "Some Instances of Cession of Territory made by the Marathas", and the use of the words "cession in perpetuity" and "cession of sovereignty"? Counsel for Portugal mentioned Article 5 of the treaty of 1776. He forgets that that very Article expressly describes the grant as "permanent and irrevocable" and refers to determination by agents of both the Parties of the places and the boundaries. Is any such provision found in any of the texts of the alleged treaty of 1779?

Mr. President and Members of the Court, may I now call attention to a matter which in our submission is somewhat removed from the actual theme of controversy but which Portugal has sought to rely on. Not being able to find a provision for cession of sovereignty, Portugal urges that in interpreting the alleged treaty of 1779, regard must be had to what it alleges was her desire to recover the Province of the North which she had lost forty years before the treaty of 1779.

Portugal contends that since she had always wanted to obtain the restoration of her own province in the North, it must be *presumed* that the Marathas had decided to concede to her desire of territorial cession. In this connection Portugal enters into a long discussion. The other day Counsel for Portugal began with a statement, a statement which has no basis in fact—I quote: "Portuguese sovereignty in India began long before the formation of the Maratha Empire". Mr. President and Members

of the Court, I do not wish to take up the time of the Court in dealing with this question which in our submission has, as I have already stated, very little relevance on the issues involved.

The Portuguese arguments relating to Portugal's ambitions have been fully refuted in our Rejoinder, in paragraphs 11 to 68. The Portuguese Government forgets, however, that it is the intentions of the Marathas and not the ambitions of the Portuguese which are relevant for the purpose of determining the nature of the grant. The intention of the Marathas not to concede any part of the territory to the Portuguese, their intention, even, to drive them away from the shores of India, has been fully described in paragraphs 38 and the following paragraphs of our Rejoinder.

Portugal has not been able to adduce evidence of any kind to show that the Portuguese Envoy, Narayan Vithal Dhume, did in fact discuss with the Marathas the question of the restoration of the old Province of the North, or of any kind of territorial cession of the Maratha territory. The attitude of the Marathas was well known, and Dhume would not have had, and did not have the courage, to discuss this question. You may refer to Annex 25 to the Portuguese Reply. This contains a report of Narayan Vithal Dhume and the progress of the negotiations with the Poona Government. No indication is to be found there of any discussion with the Marathas on the subject of a territorial transfer. On the other hand, as I have stated earlier in my speech, Dhume, after reporting that he had obtained a sum of money as compensation for the loss of certain Portuguese vessels, went on to state towards the end of the letter: "I obtained, in addition, the grant to the State of rupees 12,000 income".

[Public hearing of 15 October 1959, morning]

Mr. President and Members of the Court, I referred yesterday to the Portuguese contentions based on their desire to re-obtain for themselves parts of what they call the "Province of the North". When dealing with the question of Portuguese ambitions regarding the old "Province of the North" and trying to find therefrom support for Portugal's title to sovereignty over the Maratha villages, Professor Braga da Cruz made several inaccurate statements of historical fact. However, out of consideration for the Court's time, I shall desist from making an answer on points that are really not material.

In what other manner, then, does Portugal seek to prove her title to sovereignty over the Maratha villages? Where else does she turn for support?

In her Memorial and Reply, she set up three sets of documents: (1) a so-called "exchange of documents"; (2) the so-called "Deeds of Possession", and (3) the alleged "accords".

I shall now examine each of these three heads.

We are told first of all that there are three documents of (I quote from paragraph 106 of the Portuguese Reply) "a truly bilateral character". These three documents are also stated to be "an exchange of official documents".

Now what are these documents? Two of them are said to be sanads or orders said to have been issued by the Maratha Subedar of Bassein

to a subordinate Maratha officer. The third is stated to be a receipt made out by a Portuguese officer to the Maratha authorities. These are documents at Annexes 2, 3 and 4 to the Portuguese Memorial.

These documents are thus described in paragraph 106 of the Reply:

“The transfer took place via an exchange of official documents between the local Maratha and Portuguese authorities: on the one hand two orders of service issued by the Subedar of Baçaim, one to the Chief of Suarim and the other to the patels and to the people of the Pragana, *authenticated copies of which were transmitted to the Governor of Daman for his archives as titles of transfer*; and on the other hand a *receipt* made out by Commander Manuel Antonio de Faria, at the intention of the Maratha authorities.”

In our submission, the following points would seem to emerge from the Portuguese submission in connection with these documents:

Firstly, these two sanads were issued, not by the Maratha Ruler but by a lesser authority.

Secondly, these sanads were addressed, one to a Maratha officer, and another to Maratha subjects—patels and cultivators of Nagar Aveli.

Thirdly, authentic copies of these sanads—obviously in the Marathi language since the Maratha Subedar did not read or write Portuguese—were sent to the Portuguese for their archives.

Fourthly, these authentic copies were sent as titles—“titles of transfer”.

Fifthly, the sending of the titles and the issue of a receipt therefore are stated to constitute an exchange of official documents of a truly bilateral character.

Mr. President and Members of the Court, if these documents constituted Portugal's “titles” and if authenticated copies were sent to the Portuguese and deposited in their archives, why have not these authenticated copies been produced?

The documents which we have been shown are only alleged translations or entries in the Portuguese language. Why has not the Portuguese Government produced the original copies in the Marathi language?

Mr. President and Members of the Court, what appears to be denoted by the expression “exchange of official documents of a bilateral character” is really this: the Marathas issued sanads or orders for a saranjam grant—the saranjam phraseology has been distorted in the unauthorized Portuguese translations. For example, the phrase which is given in the unauthorized Portuguese translation—the original Marathi document, I have already stated, has not been produced to us—the phrase:

“the people and village headmen of the said Pargana shall be instructed to *obey* the said Government”,

that phrase would appear to be a distortion of the usual injunction to cultivators to pay the land revenue to the new assignee. The Government of India has referred to this usual injunction in the Marathi words—“*ruzu hone*”—in the Rejoinder (footnote to paragraph 225). And indeed these are the very words—“*ruzu hone*”—found in a portion of a Marathi document which has been accidentally or unavoidably reproduced in the photocopy of Annex No. 6 to the Portuguese Memorial.

Portugal next alleges the existence of certain “accords”—“Luso-Maratha Accords” she calls them—of 1783 and 1785.

In connection with these documents, one circumstance calls for special comment.

Portugal attaches some importance to these alleged "accords" which, she says, in a way supplemented the alleged treaty and regulated the grants of 1783 and 1785.

Yet the Portuguese Memorial makes no mention of the alleged "accord" of 1783. Though she has mentioned in the Memorial the document of 1785, she has not referred to that of 1783.

Mr. President and Members of the Court, the answer to this question becomes clear if we look at the language of this document even in the form in which it is produced by the Portuguese Government. The heading of this document reads—and this is a literal translation from the Portuguese language—it reads:

"Reminder of the Accord of the Pargana Nagar Aveli, of the Revenue of the former times—which has been given to the Portuguese Government of the place of Daman, of the amount of twelve thousand rupees, with clarification, by means of following additional terms..."

That, Mr. President and Members of the Court, is the very title of this document and it discloses unmistakably the fiscal nature of the grant made to the Portuguese. It mentions revenue of 12,000 rupees. No mention is found in the entire document of the alleged treaty of 1779. There is not a word in it about the alleged *cession* of territory, nor about the alleged right of passage.

Article 7 of the document is particularly noteworthy. With your permission, Mr. President and Members of the Court, I should like to read that article. It states:

"The revenue of the said Pargana in the Darbar of Punem being more or less, the Sarkar will hand over the village which is preserved, so as to complete the sum of Rs. 12,000 and"—this is the material part—"if the revenues are more the said Sarkar will have what is in excess."

When Portugal is faced with this provision in a document on which she has herself relied, she contends that the *excess* mentioned in the document refers not to revenue but to the villages and suggests the interpretation that if the villages had produced more revenue, then Portugal would have returned some of the villages to the Maratha Government. Thus Counsel for Portugal stated at page 373 of the Verbatim Record of 24 September:

"If the register had shown that they yielded more, it would have rested upon the State of Portugal to return to the Marathas those villages whose revenue exceeded that limit."

Clearly the interpretation sought to be put on the document by Portuguese Counsel is against the very tenor of its language and is, we submit, inadmissible.

However, Mr. President and Members of the Court, these two documents, the alleged bilateral "accords" or "agreements" of 1783 and 1785 are, when examined, found to be sheets of paper bearing neither a seal nor signature, nor the names of the parties. The document of 1783 is in

the Portuguese language. We have not been shown any copy which contains the signature of any party, either Portuguese or Maratha.

The document of 1785 contains neither a seal nor a signature, and not even the names of the parties.

It is these unsigned, unauthenticated documents which are relied on by Portugal as *bilateral* agreements creating or containing the recognition of Portuguese sovereignty, military overlordship, etc., in Nagar Aveli and conferring on her an implied right of passage between Daman and Nagar Aveli.

Finally, we come, Mr. President and Members of the Court, to the alleged "Deeds of Possession" or, as more appropriately styled by Professor Braga da Cruz (at page 370 of the Verbatim Record of 24 September), "accords of occupation of 1783 and 1785".

We are told that these internal, unilateral Portuguese documents constitute Portugal's title and evidence of sovereignty over Dadra and Nagar Aveli.

In the document of 1783, the Portuguese Notary Public states that he went to Dadra and Nagar Aveli, collected some people there and called on them to recognize the Queen of Portugal as their Sovereign Lady. He states that when he cried:

"Long Live the Sovereign Queen of Portugal, Our Lady!"

the village people responded by shouting "Vivat!" It is further stated that the villagers were then asked to append their signatures to that very statement, which was drawn up there and then in the Portuguese language. They are alleged to have signed in the form of scrawls and crosses—since, we are told, they could not read or write *any* language—apart from the Portuguese language!

In this manner it is alleged Portugal acquired the allegiance of the people of Nagar Aveli and thus it was that Nagar Aveli is stated to have passed out of the sovereignty of the Marathas.

Mr. President and Members of the Court, quite apart from the unreliable nature of these documents, it is clear that no "deeds" drawn up by the Portuguese, no unilateral acts of the Portuguese, could have affected the sovereign rights of the Marathas and brought about cession of territory in sovereignty in favour of Portugal.

Portugal further claims sovereignty over Daman and Nagar Aveli on the basis of what she calls actual exercise of sovereignty, consisting in the exercise of fiscal, military and other powers. I refer to paragraph 124 of the Portuguese Reply. What appears to be intended to be conveyed is, that although Portugal may have received no original title to the sovereignty of these territories either under the alleged treaty of 1779 or under the alleged accords of 1783 and 1785, she did in fact act as if she was sovereign.

Mr. President and Members of the Court, it is clear from Annexes 43 and 44 to the Reply that a time came when the Portuguese began to defy Maratha authority and threatened them with military might. History tells us that by this time the Marathas had lost their military strength and were unable to resist this usurpation.

These, Mr. President and Members of the Court, are my submissions in respect of the grant of sovereignty to Dadra and Nagar Aveli which the Portuguese claim to have received from the Marathas.

Our conclusions in regard to the Maratha Period are set out in our pleadings and I do not wish to repeat them. I submit that what I have said clearly establishes that:

First, Portugal did not acquire the cession of *any* territory in sovereignty from the Marathas.

Secondly, Portugal acquired from the Marathas, in 1783 and 1785, a revocable title to the collection of revenue in a tenure known as Saranjam or Jagir.

Thirdly, the Marathas at no time granted to Portugal, or acknowledged in favour of Portugal, a right of passage over their territory to Dadra or Nagar Aveli.

I had, in dealing with this period, to make a statement which I feel must have tried the patience of the Court with its numerous wearisome and detailed submissions dealing with a far away period. I thank you, Mr. President and Members of the Court, for according me a courteous hearing.

Mr. President, I request you now to call on my colleague, Sir Frank Soskice, who will address the Court on the British Period and the Post-British Period up to 1953.

14. ORAL ARGUMENT OF SIR FRANK SOSKICE
 (COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
 AT THE PUBLIC HEARINGS OF 15 AND 16 OCTOBER 1959

[Public hearing of 15 October 1959, morning]

Mr. President and Members of the Court.

I am particularly grateful to you for inviting me to participate in the presentation of the case for India, although I have not been privileged to listen to the arguments that have been addressed to the Court by Counsel for Portugal.

I hope that my learned adversaries will not think me guilty of discourtesy to them in undertaking the task of replying to arguments advanced by them which I have not heard delivered orally. Needless to say, I have most carefully followed in the transcript all that has been urged by Counsel for Portugal and thoroughly familiarized myself with the contentions which they have put forward. Indeed, I have to thank them for many hours of pleasurable and interesting reading, though I would not like to mislead them into thinking that I agree with their conclusions.

The Court may also have noticed that I was not present at the day before yesterday's hearing, and may have felt that, in view of my long absence, I should have been present. May I offer my apologies both to the Court and to my adversaries and give as my excuse the fact that I had a great deal of homework to do to prepare myself to address the Court. I greatly hope that both the Court and my learned adversaries will not think that my absence showed any want of courtesy or respect for the Court or for them.

Mr. President and Members of the Court, for the last month I have been keeping what, for a lawyer, I fear, is very bad company, and I hope that the Court will not suspect that I may have contracted bad habits. It must be my endeavour, in addressing the Court, to eschew that, shall I say, slight lack of precision which one sometimes seems to detect in arguments used at the hustings. I will accordingly seek to confine my observations to what seem to me to be salient points affecting that part of the case which has been assigned to me.

It is my task to invite the Court to consider the light which is thrown by the facts of the British period upon the problem we are considering. This is a long period, containing incidents, many in number, diverse in character; but it is a period, I submit, full of significance for the case put forward by India. Both sides have already discussed it at length in their written pleadings. A recital of the facts is to be found in India's Counter-Memorial, and I shall not ask the Court to listen to a repetition of that. What I must do, however, is to dwell again for a moment upon the most important incidents, and to underline the lessons which they teach. With all respect to my learned friend, Professor Telles, I shall have sometimes to correct his version of the facts, and to challenge at every point the interpretation which he seeks to put upon them. Indeed, the Government of India's approach to these facts differs fundamentally

from that of Professor Telles. Over and over again he would refer to some incident, and go exhaustively and more or less accurately into its facts, only to arrive in the end at the disappointing conclusion that the incident was entirely without interest or importance for the issues of the case. That is not our view. If we ask the Court to dwell upon these incidents, it is not in order to arrive at that conclusion. The Government of India submits that the incidents of the British period are of great significance; more than that, when they are rightly understood their importance is nothing less than decisive.

Let us begin with one or two simple facts. The British period covers all but 130 years. Throughout that period, correspondence between the British and the Portuguese authorities about communications between Daman and the enclaves was a frequent, I had almost said a daily, occurrence. The Portuguese ask now for this, and now for that. Sometimes the British acquiesce, sometimes they do not. From the British side come complaints or enquiries. The Portuguese admit, or explain, or apologize. Moreover, on the British side, and also on the Portuguese side—but there to a far less extent—the documents produced enable us to look into the internal workings of the Governments. We can read the minutes of officials, communications between the Government of Bombay and the Government of India, despatches passing between the Governments in India and the Governments at home. Thus there are revealed to us, not only the attitudes which the two sides adopted towards each other, but also their private thoughts expressed under the cover of secret files. It is all before us, the whole picture is revealed.

The period which we can thus study so completely, is said—said by our opponents—to be a period during which the Portuguese were drawing all their security in the enclaves from a certain right. It was a right of passage. Its nature has been described by our opponents in different ways during the course of the proceedings, and even during the course of these oral proceedings; but for the moment I am not concerned to say more of that. For this passage they did not depend, it is said, merely upon the ancient friendship between England and Portugal, or upon the goodwill and co-operation of the Government of Bombay. They possessed a right, which the British could never disturb, which, moreover—so it is said—the British throughout were recognizing. Whatever the British might wish to do, whatever agreement it might, as regards other districts, be prudent for the Portuguese to accept, for access to the enclaves they had their right. It must always, upon this view, have been in the forefront of people's minds; on the Portuguese side, as the resource on which they depended; on the British side, as the boundary of their freedom of action.

If we remember all this, is it unnatural or unreasonable to expect that somewhere in this mass of correspondence there should have been some reference to this right? Must the Portuguese not sometimes have mentioned the right by which—so we are told—their access to the enclaves was protected and guaranteed? Must the British not sometimes have mentioned, at least in their internal minutes, the right against which—so we are told—they recognized that even their own powers in their own territory could not prevail?

And when we find there is nothing whatever of the sort, that nowhere in all these exhibits is there any reference either to the right which the Portuguese claim, in any of the forms which at different stages of the case they have given to it, or to any other right of passage; may we not

conclude that there is something wrong with the case which Portugal is making?

Our learned opponents, faced with these 130 years of silence, do not shrink from saying that it is perfectly understandable. The right is never mentioned, they say, because, whatever the British may have done, the right itself was never violated.

The right was never violated. In order to be able to say that, they are obliged to twist the shape of this so-called right and reduce its size in a way of which I shall have something to say presently. But for the moment let us pass that over. Let us suppose that it is possible to conceive a right of passage which, through all the events of this period, was never actually violated. We are still left with incidents which, if they did not violate the right, undoubtedly threatened it, and were very far from welcome to the Portuguese. The Court has heard much already of the succession of prohibitions and restrictions which the British imposed. Are we to believe that the Portuguese, in all their complaints of these measures, and their efforts to obtain release from them, have one weapon in their armoury which they never produced. Why were they so shy at mentioning this right? Let us grant that the stage of actual infringement had not been reached, and that a reference to this right would not have been precisely and absolutely in point. Nevertheless, if the Portuguese knew, and the British acknowledged, that this right existed, one would expect to find some appeal made to it, in the hope that a reminder of the line which they could not cross would cause the British to moderate the measures to which the Portuguese objected.

Yet there is nothing—not a word. The Portuguese must indeed have been very fastidious in their choice of arguments, determined, in their devotion to precision and accuracy, not to prevail by pressing their right beyond its strictest legal definition.

Mr. President, Members of the Court, so much for the strange silence in which this so-called right was enveloped for 130 years. I pass on to something still more significant. I refer to actions and words of the Portuguese Government which confirm our contention that no right of passage either existed or was thought to exist. The words and actions of the Portuguese Government confirm this contention, because they are plainly inconsistent with any such right. The most important matter in this connection is that of the Treaty of 1878.

We have discussed this treaty at length in the Counter-Memorial, paragraphs 285-298. I respectfully refer the Court to that passage, and do not wish to take up time by reiterating all the details. I venture to submit that in that passage of the Counter-Memorial we have shown, clearly and conclusively, that:

(i) Article XVIII of the treaty applied to transit between Daman and the enclaves just as it applied to entry into any other part of the Indian dominions of Great Britain or Portugal;

(ii) both the British and the Portuguese understood Article XVIII in this sense;

(iii) from this, and from the history of Article XVIII, it is clear that when the Treaty was negotiated the Portuguese did not believe themselves to possess any right of passage.

I should be content to leave the matter there, were it not necessary for me to correct some of the observations of my learned friend, Professor

Telles; and I am the more ready to invite the Court to devote a little time to this point, because in my submission, when the significance of the treaty is rightly appreciated it alone goes far towards invalidating the whole of Portugal's claim.

Professor Telles finds the wording of the third paragraph of Article XVIII to be, and I quote him, "of doubtful meaning" (I refer to the transcript, p. 413. I take all my quotations from the English unofficial translation supplied by the Court.) These are the words (I omit what is immaterial):

"The armed forces of one of the two High Contracting Parties shall not enter the Indian dominions of the other, ... except in consequence of a formal request made by the party desiring such entry to the other."

Mr. President and Members of the Court, I confess that I can see nothing doubtful or uncertain. Professor Telles's difficulty arises, I am afraid, from his having thought of two meanings, neither of which is right, and overlooked the meaning which, I venture to say, is both true and obvious. Entry of the armed forces of A into the territory of B is dependent on the formal request of whichever party desires it. That is what the Article says. If Portugal desired her armed forces to enter British territory, she had to make a formal request. Then, if the request were granted, her forces could enter. So for the British, if they desired their forces to enter Portuguese territory. If Portugal desired British armed forces to enter her territory (as she might have done, for we know how much she desired a guarantee by Great Britain of her Indian possessions), she had again to make a formal request. Then, if the request were granted, the British forces could enter. So for the British, if they desired Portuguese forces to enter their territory. I apologize for labouring the point, for indeed it is plain enough. As far as the entry of Portuguese armed forces into British territory was concerned, it was possible only in consequence of a formal request either from the Portuguese to the British, or from the British to the Portuguese.

I confess that Professor Telles's argument left me uncertain whether he did or did not concede that the third paragraph of Article XVIII applied to transit between Daman and the enclaves. There is no doubt, in fact, that it did. This is placed beyond dispute by the correspondence set out in Annex F No. 53 to the Rejoinder. The attitude of the British is shown by the letter of 8 December 1890 of the Government of Bombay. After mentioning the passage through British territory without formal request of Portuguese armed men "en route from Daman to Nagar Aveli and back again", the letter goes on expressly to describe this as a violation of Article XVIII of the treaty. The attitude of the Portuguese is no less clear. Had they regarded Article XVIII as irrelevant to this transit, they would have said so plainly in answer to the very clear complaint contained in the Bombay Government's letter. In fact the Governor-General's answering letter of 22 December 1890 does not contain the slightest challenge to the relevance of Article XVIII. What it does contain, as the Court already knows, is a plea that "Portuguese troops never cross British territory without previous permission". (I may remark in passing that Professor Telles appears to have misread the letter when he suggests (see transcript, p. 415) that the Governor-

General was referring to a permit required by Portuguese military regulations. This permit was required, as Professor Telles himself says, "for internal use", as opposed to use in foreign territory, and the context shows that the Governor-General mentioned it with reference to the passage of British troops through Portuguese territory.) To clinch the matter, after further correspondence the Government of Portuguese India wrote a final letter on 1 May 1891, saying that they would give orders "for the strictest observance of the provisions of Article XVIII of the Anglo-Portuguese Treaty". They would obviously not have written this, if in their view Article XVIII had had nothing to do with the matter under discussion.

Professor Telles suggests that the Governor-General's letter of 22 December 1890 should be discounted, because it was written with a desire "to appease the British authorities" (transcript, p. 415). Let us see just what this means. The Governor-General, apparently, deliberately refrained from pointing out that the British authorities were misapplying the treaty. Yet the British authorities, if Professor Telles is right, were trying to extend the treaty to matters with which it was not concerned, and were doing so in such a way as seriously to affect a cherished right of Portugal.

Are we to believe that the Bombay Government's remonstrance about the passage of Portuguese armed men through British territory had thrown the Governor-General into such a state of apprehension that he dared not point out the true effect (according to Professor Telles) of the Treaty, in spite of its importance for his country's right?

Mr. President and Members of the Court, the Government of Portugal rely on twenty-three incidents, some of the documents referring to which they have produced, as evidence that Article XVIII of the treaty did not apply to transit between Daman and the enclaves. I respectfully refer the Court to paragraph 293 of the Rejoinder, where we have pointed out that the express statement of the Governor-General of Portuguese India far outweighs anything which might be inferred from these incidents, even if our information about them were complete. Professor Telles, in his reference to these incidents, uses these words (transcript, p. 414):

"The fact is that—rightly or wrongly—this transit was not subject to the formality of a previous authorization ..."

He does not notice that that parenthesis, "rightly or wrongly", deprives his observation of all point. If transit without authorization was wrongful, as the correspondence on both sides shows clearly that it was, then these incidents provide no indication whatever that Article XVIII did not apply to passage between Daman and the enclaves.

In paragraph 293 of the Rejoinder, we assumed that these twenty-three incidents, if indeed they were incidents of transit without authorization, were unknown to the Governor-General of Portuguese India when he wrote his letter of 22 December 1890. This assumption does not, apparently, commend itself to Professor Telles (see transcript, p. 415). I am surprised, but it is counsel for the Government of Portugal who speaks. The Governor knew, he suggests, that on these occasions Portuguese armed men had crossed British territory without permission; yet, knowing this, he wrote: "Portuguese troops never cross British territory without previous permission". On our learned opponent's view,

a hard word might be used of that statement, and I do not pause to point out how much credence could then be given to any of the statements in these documents of Portuguese officials.

I need only say a word of the second paragraph of Article XVIII of the treaty, which deals with police. That paragraph provided that the police of one party might enter the territory of the other in pursuit of criminals. From this, Professor Telles concludes that police could not cross the boundary in any other case "even with the consent of the authorities of the State whose territory they wished to enter, because the treaty did not allow that consent to be given" (transcript, page 412).

I do not know what principle of interpretation we are here being invited to follow. The treaty gives permission in advance for the police of one Party to enter the territory of the other in cases of a certain type. How could that prevent permission for entry being asked and given in other cases as they arose? Clearly, the police of one Party could enter the territory of the other, quite apart from any pursuit of criminals, with previous authorization; and, since the following paragraph about military forces applied to transit between Daman and the enclaves, this paragraph about police plainly applied to it too.

We have now seen that British and Portuguese alike both regarded Article XVIII as applying to transit between Daman and the enclaves. That article expressly forbade the entry of the armed forces of one Party into the Indian dominions of the other, except for certain treaty purposes or "in consequence of a formal request made by the Party desiring such entry to the other". It thus becomes a little difficult to see how Professor Telles can say that;

"the Treaty has nothing to do with the existence of our right of transit between Daman and the enclaves" (transcript, page 411).

Professor Telles gives his own explanation of this. The treaty, he says, has nothing to do with the existence of the right,

"being neither the source nor the basis of that right".

The defect of the reasoning is obvious. Something which, without being either a source or a basis, is a plain denial of a right, has a good deal to do with that right's existence; and that, as we submit, is the significance of Article XVIII. We quite agree that the Treaty of 1878 was not the source or basis of a right of passage as now claimed, that is a right extending to the passage of armed forces for the purpose of re-establishing Portuguese authority in the enclaves; but it is quite wrong, of course, to say that because of that the treaty has nothing to do with the existence of such a right. On the contrary, the treaty, as we have seen, covered any transit of the armed forces of one Party through the territory of the other, including transit between Daman and the enclaves. It is therefore of paramount importance to notice to what a limited degree such transit was allowed by Article XVIII. That article is entirely incompatible with the assertion, on either general or special titles, that Portugal possessed a right of passage to the full extent required for the exercise of her sovereignty.

I must now notice the final argument by which our learned opponents seek to escape from the difficulties created for them by Article XVIII.

Faced with the position that under that article, which was not imposed upon the Portuguese but voluntarily accepted by them, Portuguese armed forces could not cross British territory between Daman and the enclaves except in consequence of a formal request, Professor Telles seeks to preserve the right by this device. "Our right, he says, is a right so limited to begin with, that this limitation does not touch it." Here are his words (transcript, p. 414):

"... the need for a preliminary authorization for practical exercise of the right of passage is in no way incompatible with the existence of that right".

Again, he tells us that the need for the permission of the British authorities:

"would simply constitute one aspect of transit regulation, compatible with a right of transit based on other grounds" (transcript, p. 414).

Mr. President and Members of the Court, it is as though the necessity for permission were a hole, through which the right must pass if it is to survive. Professor Telles amputates a part of his right, in order to get it through the hole. Unfortunately for him, he has to amputate so much that life cannot survive in what remains.

The right, we are told, may exist, even though "preliminary authorization" must be obtained for its "practical exercise". In another place, Professor Telles puts it like this:

"... there is no incompatibility between the right to a certain transit and the need for an administrative permit for specific acts in the exercise of that transit, or for some such specific acts" (transcript, p. 413).

The distinction is deceptive. What is a right of transit, if there is no right to perform specific acts in exercise of it? If the specific acts can be prevented, how can the right be said to survive? Professor Telles, I suspect, is himself conscious of the difficulty, for he seems anxious to minimize the preliminary requirement. In the first passage which I quoted, he called it an authorization; in the second it has become an administrative permit; and in two places he goes so far as to describe it as a formality. (These two passages are transcript, p. 415, Eng. tr., and, in the French text, p. 424. The latter reference is made to the French text, because, although the word "*formalité*" is there used, it is omitted in the English translation.) What was required under Article XVIII of the treaty was no formality. The article refers, it is true, to a "formal request", but what is meant there is a request in due form or proper order. The word "formal" does not indicate that the request was a formality in the sense of a procedural step of no importance. Far from it. It was a request for permission, and the Governor-General of Portuguese India himself understood, as we have seen, that permission was required.

So the position was apparently this: there was a right of passage, but permission had to be obtained before anyone could actually pass. This I venture to describe as a contradiction. Surely it is of the essence of a right that nobody's permission is required? If A has a right to do something, A can do that thing without the leave or licence of anyone. On the

other hand, if A can do that thing, but only with the permission of B, then A has no right; and it makes no sense to say that A has a right to do it, but cannot exercise the right without the permission of B. If B's permission is required before the thing is done, it rests with B to decide whether it shall be done or not. He can allow it. He can prevent it. He is master of the position, and there is no question of any right. That was the position under Article XVIII; and that is what Professor Telles describes as control or regulation of the exercise of the right. When I hear that, I wonder, I confess, what limit there is to the words "control" and "regulate", what could possibly fall outside them; and the truth is that anything the British did must be called "control", because that is the only way in which any pretence to a right can be maintained. I am reminded, Mr. President and Members of the Court, of words which I should hardly venture to use here, had they not already been quoted in England by a great judge, Lord Atkin, sitting in the highest court of appeal. The words come from "*Alice Through the Looking-Glass*". Here they are:

"'When I use a word', Humpty Dumpty said in rather a scornful tone, 'it means just what I choose it to mean, neither more nor less.'"

There was one more argument by which our learned opponents sought to reconcile the requirement of a permission with the existence of a right. The power of the British to grant or refuse permission, they said, was itself subject to a restriction. It could not be used:

"to prevent contacts with the enclaves or to make them in practice impossible". (The reference is to transcript, p. 425.)

Mr. President and Members of the Court, this amounts to saying that we must read into Article XVIII of the treaty a provision that formal requests of the Portuguese for permission for their armed forces to cross British territory between Daman and the enclaves must be granted in certain cases. I respectfully submit that such an implication is impossible; but there is more to be said than that. We are asked to believe that the Portuguese, when they entered into the treaty, knew that they had a right of passage between Daman and the enclaves, were determined to preserve it, and yet agreed to an article which on its face contradicted it; and did this because, rather than refer specifically to their cherished right, they trusted to some doctrine of implication to preserve it in the face of that article. Such an attitude, Mr. President and Members of the Court, is in my submission quite inconceivable, and I say no more on that point.

I have only one more observation to make about Article XVIII: that is that the third paragraph, the critical paragraph dealing with armed forces, was originally suggested by the Portuguese negotiators themselves. It is true that there was some redrafting, and the form in which that paragraph finally appeared in the treaty was not quite the form in which it had first been suggested. Clearly, however, the Portuguese understood the full consequence of their suggestion; for Senhor Soares, when first putting it forward, told the British Minister in Lisbon that the result of its adoption would be:

"the presence of the armed forces of each contracting party on the territory of the other would in each case require the previous consent of the competent authority".

This is recorded in Annex F No. 54 to the Rejoinder.

I have dwelt at some length on the Treaty of 1878, but I venture to submit that its importance is great enough to justify the demand which I have made on the patience of the Court. Here we have a treaty freely negotiated and voluntarily accepted by the Portuguese. The effect of the treaty is to forbid the police and armed forces of either party (save in exceptional cases which need not detain us) to enter the territory of the other, without formal request and permission. Both sides recognized that provision as applying to Portuguese police and armed forces in transit between Daman and the enclaves. So understood, the treaty is entirely inconsistent with any right of transit. Yet it was accepted, and in this particular even suggested, by the Government of Portugal. Mr. President and Members of the Court, may we not claim that this is a demonstration that a right of passage between Daman and the enclaves neither existed nor was thought to exist?

Mr. President, Members of the Court, I mentioned the Treaty of 1878 as the most important and most conspicuous example of actions of the Portuguese absolutely inconsistent with the rights which they are claiming, but it is not the only example. I shall refer briefly to five others—the Indian Arms Rules, the Agreements of 1913, 1920 and 1940, and the customary procedure adopted by the Portuguese authorities for the passage of armed men to and from the enclaves.

The Indian Arms Rules were originally made in pursuance of the fourth paragraph of Article XVIII of the Treaty of 1878. As the Court knows, Section 6 of the Indian Arms Act, 1878 (Annex C No. 59 to the Counter-Memorial), to be distinguished from the Indian Arms Rules, made it illegal for any arms, ammunition or military stores to be imported into British India or exported from it except under a licence. Rules were made under the Act governing the issue of licences, and after the conclusion of the Treaty of 1878, Rule 7 A was added (Annex C No. 60 to the Counter-Memorial). Paragraph (a) of that rule forbade the issue of licences for import from Portuguese India. Paragraph (b) forbade the issue of licences for export to Portuguese India except, in effect, with the approval of the Portuguese authorities. Paragraph (b) was withdrawn in 1895 (Annex C No. 62 to the Counter-Memorial), but paragraph (a) still remains in force (Annex C No. 66 to the Counter-Memorial).

It is obvious that the existence of either paragraph of Rule 7 A and still more, the existence of both paragraphs, is quite contradictory of any suggestion of a Portuguese right to carry arms, ammunition or military stores between Daman and the enclaves. Of course, this would not be so if Rule 7 A did not apply to carriage between Daman and the enclaves, but the documents show conclusively that it always did. When the Portuguese wanted to send arms, ammunition or military stores to or from the enclaves, they asked for permission and their request was considered with reference to Rule 7 A.

I respectfully refer the Court to Annexes C Nos. 63-65 and E Nos. 40-43 of the Counter-Memorial. Yet Rule 7 A was made with the full agreement of the Portuguese authorities. If those authorities had thought that they possessed a right to send arms between Daman and the enclaves, whether the British liked it or not, would they ever have submitted voluntarily to Rule 7 A?

I must pause for a moment over some observations made by Professor Telles about the Arms Rules. He first contended that Rule 7 A, sub-

paragraph (a), made it impossible as a general rule even for the Government of India to allow arms, etc., to be imported from Portuguese territory. "The authorities of British India", he said, "could not even authorize such an entry by a special import licence" (transcript, page 417). This is clearly wrong. The Government of India exercised a dispensing power when, for any reason, it was their desire that some provision of the Arms Act should not be strictly enforced. Annex C No. 67 to the Counter-Memorial provides an example of this. The question there was whether Portuguese officials and officers entering British India should be exempt from the operation of the Act. The Government of India refused to amend the law in favour of such officials, but nevertheless agreed to the issue of effective orders by the Government of Bombay that some provisions of the Act "should not as a matter of courtesy be enforced in the case of such officials".

It is therefore clear that the Government of India had power to allow a divergence from the exact observation of the Arms Rules, and this is what in fact they did with regard to Rule 7 A. Examples will be found in the following Annexes: C Nos. 63 and 64 to the Counter-Memorial and F Nos. 73, 74 and 75 to the Rejoinder.

It is particularly to be noted that Annexes F Nos. 73, 74 and 75 are cases in which importation from Portuguese India was allowed, in spite of the prohibition of Rule 7 A; although they were cases of import into Bombay, not of transit between Daman and the enclaves.

I observe in passing that the incidents mentioned in Annex F No. 73 were incidents under the Arms Act, not under the Explosives Act; as Professor Telles sought to contend (transcript, p. 420). In a letter of 21 May 1894 it is clearly stated that the case "appears to be governed by the latter rule", that is to say, Rule 7 A, "rather than by the rules under the Explosives Act".

Our learned opponents, therefore, are not justified in suggesting that it was only in cases of transit between Daman and the enclaves that Rule 7 A was relaxed. The Government of India relaxed that rule whenever it seemed to them reasonable to do so. From this it follows that the relaxation of the rule in cases affecting the enclaves did not mean that those were treated as special cases, apart from other cases of import from Portuguese India. On the contrary, for all cases of import from Portuguese India the position was the same—Rule 7 A applied, but it was possible for relaxation of the rule to be obtained.

"The Government of India asserts", said Professor Telles, "without any explanation or justification, that the entry into British territory of arms from Portuguese territory was conditioned on authorization by the British administration." (Transcript, p. 419.) I confess that I am taken aback to find a statement, so entirely in accordance with the facts, described as made "without any explanation or justification". Professor Telles himself referred to a number of incidents which show that the Portuguese, when they wished to send arms, ammunition or military stores into British territory, applied first for authorization, and the Government of India, if they saw fit, granted the authorization in the form of a licence. I have already given the references. I would now add only one more, Annex C No. 47 to the Counter-Memorial.

According to Professor Telles, when these applications were made, the British authorities took the view, and I quote him; "that to proceed

from Daman to Nagar Aveli it was necessary to pass through British territory; meaning, that such passage being necessary, it was not lawful for the British to oppose it". (Transcript, p. 418.)

I shall have something to say later about this alleged recognition by the British authorities of necessity. For the moment, I point out only that the suggestion that the British thought it was not lawful for them to oppose the passage of arms is quite unjustified. As the Court will see by reference to the documents, these applications for transit between Daman and the enclaves were regarded as applications for permission to import into British territory and export from it. The import was regarded as falling under paragraph (a) of Rule 7 A. The fact that it was to be followed by export did not, as our learned opponents imply, exclude the operation of paragraph (a), it was simply a consideration which might lead to that paragraph being relaxed in the particular case. The relaxation was not taken for granted. On the contrary, the Court will see that it was the result sometimes of considerable correspondence and minuting, and there is no suggestion that the relaxation was something which the British had no option but to grant.

Professor Telles referred more than once to Mr. Holland's note of 12 January 1915, in Annex C No. 64 to the Counter-Memorial, I, page 509; but it is to be noted that Mr. Holland's conclusion was no more than that the importation "might be allowed". Professor Telles relied also upon the note in Annex C No. 63 to the Counter-Memorial, I, page 493, "this request should I think certainly be granted". Exactly; and there is a great difference between a request which should be granted and a right which cannot be denied. All the evidence shows that in the cases of transit of arms between Daman and the enclaves we are not confronted by the latter.

I submit, therefore, that the Indian Arms Rules provide another example of conduct by the Portuguese absolutely inconsistent with the right which they are now claiming. Rule 7 A was made with their full agreement; it was always regarded by both sides as applying to transit between Daman and the enclaves, unless specifically relaxed in any particular case. This being so, it was in contradiction of any suggested right of passage. What can we conclude from this, except that it never occurred to the Portuguese that any such right belonged to them?

[Public hearing of 15 October 1959, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, I pass on to the next incident in which there was a similar admission by conduct on the part of the Portuguese. This is the reciprocal Agreement of 1913 on the passage of armed police. The documents are to be found in Annex C No. 53 to the Counter-Memorial. I respectfully refer the Court to that Annex, and do not propose to take up time by a recapitulation of the facts. I merely call attention to the following features:

(i) this agreement applied to parties of armed Portuguese police crossing British territory "when it is necessary for them to do so in journeying from one part of Portuguese India to another"; this language was obviously apt to cover transit between Daman and the enclaves;

(ii) the agreement allowed such passage through British territory, provided previous intimation was given to the local authorities; from

this it is to be inferred that, but for the agreement, something more than intimation would have been required, that is to say, a request for permission;

(iii) this concession was made only in return for a similar concession granted by the Portuguese to the British; there was no suggestion of the existence of any right;

(iv) armed troops were specifically excluded from the scope of the agreement; as I shall remind the Court in a moment, the Portuguese authorities did not merely give notice, but asked for permission, when they wished to send armed troops between Daman and the enclaves.

I respectfully submit that the conclusion of this agreement is another example of conduct quite irreconcilable with the existence of any right of passage known to the Portuguese. The same is to be said of the Agreement of 1920, set out in Annex C No. 56 to the Counter-Memorial. This Agreement provided, by Article IV, that armed police below the rank of head of circle, or sub-inspector, should "not enter the territory of the other party without the latter's consent previously obtained". There are two particularly interesting things about this Agreement of 1920. The first is that it expressly reserves certain special rights of British police passing through Mormugao. It is therefore clear that, if any special rights had attached to Portuguese police travelling between Daman and the enclaves, those, too, would have been reserved. Secondly, Article IV contains the words: "without previous consent, but with previous intimation". This shows that the parties well understood the difference between a request for consent and a mere intimation. When the word "request" is used, therefore, as it is in Article XVIII of the Treaty of 1878, it must be given its full force, and cannot be reduced to a mere formality.

I do not recollect any reference to the Agreement of 1913 or that of 1920 in the address of my learned friend, Professor Telles. Had he said anything about them, he would have submitted, no doubt, that they were agreements relating to entry in general, and had no reference to the special case, as he calls it, of transit between Daman and the enclaves. Whether this transit was ever regarded as a "special case" in the sense in which Professor Telles uses the words is a matter which we must consider presently. For the moment, I only venture to remind the Court of what I submitted in connection with the Treaty of 1878: the fact that the enclaves receive no special mention in any of these agreements is a very strong indication that there was no special case. Had the transit formed a special case, governed by a special right, the Portuguese would undoubtedly have ensured that it was specifically reserved in the agreements, as the British rights at Mormugao were reserved in the Agreement of 1920.

However, when we come to the Agreement of 1940, no such question can arise. This was an agreement devoted specifically and solely to the passage of armed Portuguese police between Daman and Nagar Aveli. The documents are to be found in Annex C No. 57 to the Counter-Memorial, and the Court will remember that the Agreement permitted parties of armed police not exceeding ten in number to travel along the road from Daman to Nagar Aveli, provided that notice of their passage was given by post within 24 hours to the local authorities. (A reciprocal concession was granted to the British for their police travelling along this road through Portuguese territory.) This alone would be significant

enough, but one or two of the details confer upon the incident even greater significance. In the first place, the letter of 11 April 1940 from the Chief of the Cabinet at Goa contains a clear acknowledgment that, before the conclusion of the agreement, Portuguese armed police could not travel over this road through British territory without the prior authorization of the Government of Bombay. I refer to paragraph 5 of that letter. Secondly, this is confirmed by the express mention in the agreement of parties of armed police exceeding ten in number; for their passage, the prior concurrence of the British authorities had to be obtained. I refer to the Bombay Government's letter of 30 July 1940.

Thirdly, it is interesting to notice some of the minutes of officials of the Government of Bombay. They insisted on having control over the movements of armed police in British territory and obviously were not conscious of any kind of obligation to allow it. I refer to the minutes of the Chief Secretary of the Political and Services Department of the Government, initialled "H.T.S.", at I, pages 475 and 477 of Annex No. 57 to the Counter-Memorial.

For the rest of the details of the Agreement of 1940, I respectfully refer the Court to Annex C No. 57. It is, I submit, a matter of the very highest importance for the present dispute. It deals specifically with transit between Daman and the enclaves; and, being comparatively recent in date, it represents the views of the Portuguese administration in modern times. Of its provisions, I say what I have said of the other agreements; they cannot be reconciled with the existence of any such right as Portugal now seeks to put forward. If the Portuguese had believed they had a right like that, they would never have entered into the agreement.

Mr. President and Members of the Court, I now come to the last of the matters which I put forward as conduct of the Portuguese inconsistent with the claim which they are now making. It is the simplest and, after all, perhaps the most persuasive of all these matters. I refer to the applications which the Portuguese used to make for permission, to the British, and subsequently to the Indian authorities, when they wanted to send armed men to or from the enclaves. The documents before the Court contain examples spread over many years. They show that this permission was sought even when it was only a single soldier who had to travel to the enclaves. They show, moreover, that the Portuguese authorities, unlike Professor Telles, did not regard transit between Daman and the enclaves as a special case. When they wished their armed men to travel between Daman and the enclaves or over any part of British territory, they asked for permission in exactly the same way.

On one occasion, their Consul-General at Bombay issued a reminder that prior authorization was indispensable before Portuguese soldiers crossed British territory, see Annex C No. 55 to the Counter-Memorial.

The Government of Bombay, on their side, told the Consul-General that entry of armed troops into British territory could not be permitted until the orders of the Government had been obtained: Annex C No. 55 to the Counter-Memorial.

I do not stop here to emphasize once more the incompatibility of these requests for permission with the existence of a right. I merely give the references to the examples, which are Annexes C Nos. 51, 52, 54 and 55 and E Nos. 24-38 to the Counter-Memorial and Annex F No. 81 to the Rejoinder.

I have now given six examples of the conduct of the Portuguese. Four were examples of their entering into Agreements, those of 1878, 1913, 1920 and 1940, and one example was their acquiescence in the making of Rule 7 A of the Indian Arms Rules. These were all important occasions. It is reasonable to suppose that on all of them the Portuguese acted with circumspection and due regard to their own interests. They were not occasions on which, if the Portuguese possessed a right of passage to the enclaves, they would have been likely to overlook or imperil it. The last example showed the Portuguese dealing in a day-to-day manner with this very question of transit between Daman and the enclaves. On all these occasions, as I submit, we have seen the Portuguese behaving in a manner absolutely incompatible with the existence of a right of passage which they are claiming now. If that submission is right, the consequences for the claim must, to say the least, be serious.

There is one feature of the claim as it is now put forward which gives added significance to these incidents. The Government of Portugal is now very careful to assure the Court that it claims a right of passage only to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves. The Court will remember how very anxious our learned opponents were to emphasize the moderation of this claim, how much they insisted upon the intimate connection between the exercise of sovereignty and the limits of their right. Now if this is indeed the position, if for all these years Portugal has enjoyed a right of passage between Daman and the enclaves, covering whatever may be necessary for the exercise of her sovereignty but covering nothing else, is it not reasonable to look in the documents for some sign of this limitation? In order to establish her right to send a particular detachment of troops or police from Daman to the enclaves, Portugal had, on this view, to show that the presence of that detachment in the enclaves was necessary for the exercise of her sovereignty. One would expect to find her giving to the British authorities some explanation, however short, of how that need arose. One would expect to find the British authorities making some remark, at least in their internal minutes if not in their correspondence with the Portuguese, that they were not obliged to allow a single man to cross their territory unless his passage was necessary for the exercise of sovereignty in the enclaves. In fact there is not a single word about it. The Portuguese never supported their applications for permission with the smallest reference to the exigencies of their administration. The British never displayed the least consciousness that what was necessary for the exercise of sovereignty was a relevant consideration. Is it possible that so important a right of passage should have survived for 130 years without leaving in the documents a single trace of one of its leading elements? Whatever the position of the Portuguese may have been during all these years, it is clear, I submit, that they did not enjoy a right of passage limited as they try to limit it now.

That, however, is not the only indication provided by the language of the Parties. It is obvious all through these incidents that the British are considering first their interests, and allowing nothing else unless it was convenient to themselves. I will not take up time by further reference to all the details, but will mention only two examples. The first concerns the transport of arms. In the cases set out in Annex C Nos. 64 and 65 to the Counter-Memorial, it is interesting to see how each case was referred to one department after another of the Government of

India, in case anyone should have any objection to it. This appears at I, pp. 508 and 509 and 522 and 523 of the Annexes to the Counter-Memorial. Secondly, the minutes leading up to the Agreement of 1940 show that the Government of Bombay was not prepared to give any permission for movements of armed police, unless control was easily exercisable, because otherwise the procedure would be "fraught with danger". This appears at I, pages 475-477 of the Annexes to the Counter-Memorial. These are not the minutes of men who recognized that a right of passage existed, and that they had to put up with any inconvenience resulting from it. On the contrary, it was British interests, not an obligation to Portugal, which guided the British 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.

Mr. President and Members of the Court, I next desire to draw attention to actions of the British, which, like the actions of the Portuguese just mentioned, were quite inconsistent with the existence of any right of passage. I hope to show that the British, throughout their period of control of the territory between Daman and the enclaves, believed that their freedom of action in that territory was quite unfettered by any right of the Portuguese. This emerges both from what the British authorities said and from what they did; and we shall see that neither these words nor these actions ever excited from the Portuguese the faintest protest that a right of theirs was being infringed. Portugal claims that she has now, and did have throughout the British period, a right of passage for troops, police, private persons and goods to the extent necessary for the maintenance of her sovereignty in the enclaves. It is in the light of that that the British actions must be reviewed. We have to consider whether what the British did with the acquiescence of the Portuguese is consistent with the existence of such a right. This, too, must be remembered. The Portuguese may reduce their right so far that clear contradiction of it becomes hard to prove; but it still remains for them affirmatively to prove the existence of their right, however limited it may be. The actions of the British to which I am about to refer go to make up a picture containing no trace of any such positive custom.

Throughout the British period, we find the British authorities controlling and regulating passage between Daman and the enclaves. Sometimes the controls were light, and mattered little. Sometimes they were strict, and caused the Portuguese much difficulty and annoyance. What is so significant is the attitude of the parties. The British never betrayed the least consciousness of any restriction upon what they might do. They clearly regarded their powers as entirely discretionary and unlimited. The Portuguese never made the least reference to any right. Even when they were hardest pressed, they never suggested there was any point beyond which the British could not go. So I submit that the conduct of the British in imposing these controls, and the reaction to them of the Portuguese, are inconsistent with any right of passage. It never occurred to either side that there was any limit on the right of control and interference; and if there was no such limit, there was no right.

One way in which the British controlled the passage was by the imposition of customs duties on the border of Daman (not on the borders of the enclaves, which for fiscal purposes were always treated as British territory). These duties were very irksome to the Portuguese, who

constantly tried to get exemption from them. The story is set out in the written pleadings, so I will content myself with giving a bare list of the incidents, with reference to the relevant documents:

- 1819: The Portuguese asked that all goods exported from Nagar Aveli to Daman should be exempt from duties and taxes. They claimed to be entitled to this exemption under a treaty with the Marathas. The British granted exemption to produce of Nagar Aveli intended for the use of Daman, provided it was identified by certificates of the Daman Government. The Portuguese granted a reciprocal concession to the inhabitants of the British District of Bagwara. (Annex C No. 33 to the Counter-Memorial.)
- 1844: The Portuguese asked that articles from Daman intended for the market at Nagar Aveli should be exempt from duty. The British refused. (Annex E No. 13 to the Counter-Memorial.)
- 1849: The British withdrew the exemption granted in 1819. (Annex C No. 34 to the Counter-Memorial.)
- 1861: The British again granted exemption from duty to produce of Nagar Aveli for use in Daman, provided it was accompanied by a pass of the Governor of Daman. (Annex C No. 36 to the Counter-Memorial.)
- 1880 }
to } The position was governed by the Treaty of 1878.
1892 }
- 1893: The Portuguese asked that all products passing from Daman to Nagar Aveli or vice versa should be exempt from duty. The British granted exemption only to rice grown in Nagar Aveli and exported to Daman. (Annex C No. 41 to the Counter-Memorial.)
- 1895: The British withdrew the concession granted in 1893. (Annex C No. 42 to the Counter-Memorial.)
- 1897: The Portuguese asked that all products except country liquor, passing from Nagar Aveli to Daman or vice versa, should be exempt from duty. The British refused. (Annex C No. 43 to the Counter-Memorial.)
- 1906: The British wished the Portuguese to introduce certain reforms of the liquor laws in Daman. The Portuguese offered to do so, if the British would grant free passage to rice, salt and other dutiable articles between Daman and Nagar Aveli and vice versa. The British refused. (Annex C No. 44 to the Counter-Memorial.)
- 1933: The Portuguese asked that rice grown in Nagar Aveli and exported to Daman should be exempt from duty. The British refused. (Annex C No. 45 to the Counter-Memorial.)
- 1934: The Portuguese made the same request, which was again refused. (Annex C No. 45 to the Counter-Memorial.)
- 1935: The Portuguese made the same request, which was again refused. (Annex C No. 45 to the Counter-Memorial.)

Professor Telles speaks of customs duties as a form of control exercised by the British upon the right of the Portuguese. I make bold to say that that is not the picture which would occur to anyone reading the annexes

to which I have referred. In the picture which there emerges, the positions of the parties are reversed. It is the British who are exercising a right—the right to treat as they please all goods entering or crossing their territory. The Portuguese neither mention a right, nor give the slightest hint of possessing a right which they could mention. They simply ask for indulgences, and ask for them in a humble and supplicating way. I respectfully refer the Court to the documents, and to our comments upon them in paragraphs 131 and 152 of the Counter-Memorial.

Mr. President and Members of the Court, it is important to notice how serious was the effect of these duties upon the inhabitants of the Portuguese territories. Professor Telles tells us that the Portuguese “right must be viewed in the round, in relation to its purpose” (transcript, p. 398). One part of that alleged purpose he had described earlier in his address thus. His words are: “In particular the pargana of Nagar Aveli continued to play its traditional part in provisioning Daman, an historical role which had justified its transfer to Portuguese sovereignty” (transcript, p. 396). If this is right, the effect of the British customs duties was not merely to incommode particular cases of transit, it was to frustrate one of the purposes of the right of passage itself. The Portuguese requests for raising of the duties contain references to “the poor and miserable inhabitants” of Daman and their “enormous difficulties”. From these references it is clear that the effect of the duties was to prevent the produce of Nagar Aveli from reaching the inhabitants of Daman; in other words, the duties were preventing Nagar Aveli from playing its traditional part (if such it was) of provisioning Daman. I respectfully refer the Court to the following annexes to the Counter-Memorial: C No. 35, I, page 332; C No. 41, I, page 378; C No. 43, I, pages 393 and 396; and C No. 45, I, page 426.)

Professor Telles devoted a good deal of time to the correspondence leading up to the British concession of 1819. I should like to spend a few minutes commenting upon what he said. He first tried to show that the Governor of Daman had not been guilty of any misrepresentation in his account of the arrangements between the Portuguese and the Marathas. We are here concerned with two statements made by the Governor in his letter of 11 November 1818 to the Governor of Bombay (Annex C No. 33 to the Counter-Memorial, I, p. 295). The first is the statement that:

“By a treaty concluded ... in the year 1780, His Highness Madow Row Naran Punt Purdan ceded to the Crown of Portugal the Purganna of Nagar Avely.”

The second is the statement that:

“It was stipulated by one of the articles of the said treaty that all articles of production of the Purganna of Nagar Aveli that should be required to be transported to the Portuguese possession of Damaun should be absolutely exempted from all duties and taxes.”

As regards the first statement, the matter, I submit, is really too plain for argument. In dealing with the Maratha period we have already shown that all that the Portuguese received from the Peshwa was a saranjam. It is therefore perfectly clear that the Governor of Daman was misleading the British. He stated in terms that Nagar Aveli had been “ceded to the

Crown of Portugal". It had not. The Crown of Portugal had been granted limited rights of revenue.

I pause here to observe that Professor Telles, having alleged that nobody before the Government of India had ever doubted that the Portuguese had acquired complete sovereignty from the Marathas, added that there would have been an occasion to challenge this "every time that we have invoked the Treaty" (transcript, p. 405). I am afraid Professor Telles has overlooked what, in the Portuguese view, is one of the most remarkable features of the case. For all but a century they never did invoke the treaty. This treaty, we are now told, is the foundation and the safeguard of the right of passage, on which the very life of the enclaves depended. What use do we find was made of it in the documents? The Governor of Daman relied upon it—or, rather, upon an incorrect version of it—in his correspondence of 1818. After an interval of 40 years, the Portuguese referred to it in 1859, in support of a further claim from exemption from duties. After that, not a word is heard of this treaty until 1954, when it was disinterred from oblivion to take its place in the Application in this case. I wonder whether a treaty as important as our opponents find this treaty was ever before forgotten for 90 years.

As regards the second statement which I set out, there is, of course, no doubt that the treaty (if treaty it was) between Portugal and the Marathas contained no provision exempting produce of Nagar Aveli from duties or taxes. It could not have done so, for when drawn up it was not intended to apply to Nagar Aveli at all. The Governor of Daman was certainly giving a false basis to the claim which he put forward.

I therefore submit that the Governor made a twofold misrepresentation in his account of the arrangements between the Portuguese and the Marathas.

I now pass to the other matter raised by Professor Telles's comments on the correspondence of 1818. That is the question whether the British recognized as binding upon themselves any obligation arising out of arrangements between the Portuguese and the Marathas.

The answer to this question is clear from what the British said. The Bombay Government, in their letter of 31 December 1818 to the Supreme Government at Fort William (Annex C No. 33 to the Counter-Memorial, I, p. 298), explained that the Governor of Daman had made a claim which, according to him, was based upon a treaty between the Portuguese and the Marathas. They added that this plea appeared to them "to be entitled to little weight". The Supreme Government, by their answer of 6 February 1819 (Annexes to Counter-Memorial, I, p. 299) accepted this view. When the Governor of Bombay wrote to the Governor of Daman, on 18 May 1819, he told him that any exemption granted by the Marathas "could not be considered in any degree binding on the British authorities". We have, therefore, the express statements both of the local Government and of the Supreme Government to show that the British did not acknowledge the existence of any agreement between the Portuguese and the Marathas which would be binding upon them.

This is confirmed by what the British actually did. It is important to observe that the Governor of Daman was seeking to enforce in favour of the Portuguese what he alleged to be the provisions of a treaty between them and the Marathas. That treaty, he said in his letter of 11 November 1818, granted exemption from duty to all produce of

Nagar Aveli transported for consumption in Daman. An agreement had subsequently been made with a Maratha chieftain, confining the exemption to goods covered by a certificate of the Governor of Daman. The Governor now asked for the restoration of the complete exemption without certificates, and he asked for this not as a concession, but as something to which he was entitled under the treaty. "It is my duty", he wrote, "to appeal to Your Excellency for the faithful observance of the above mentioned articles". That he asked for this as something to which he was entitled also appears from his letter of 30 May 1819, in which he describes the system of certificates as an "impropriety" (Annex C No. 33 to the Counter-Memorial, I, p. 303).

Now, it was with regard to this request that the British authorities refused to recognize any obligation. That this was their attitude, Professor Telles is constrained to admit. "It is perfectly understandable", he says, "that the British authorities felt themselves authorized to act according to what they thought expedient." They refused to recognize any obligation, and refused to grant the request; for they insisted on maintaining the system of certificates, and would not concede the exemption without it.

I need not labour the point. The Governor asked for something, to which he claimed to be entitled under a Maratha treaty. The British not only refused to grant what he asked, but clearly repudiated the idea that, because the Marathas might have granted something, they too were bound to grant it. Even if the British were wrong in adopting this attitude, the fact is that for more than a century they acted in conformity with it. The acquiescence of the Portuguese, and their failure over so many years to assert any Maratha title, makes it impossible for them now to rely on any right which may have existed in Maratha times.

Mr. President and Members of the Court, it is this attitude of the British which makes so significant the failure of the Governor of Daman to send them a copy of what he called the treaty. The British told him they knew nothing of it and refused to allow what he claimed to be his right under it. In those circumstances, surely anyone who had appealed to the treaty in good faith would have sent a copy in proof of his point. So I submit in spite of Professor Telles's apologia. Of course we know why the Governor did not send it: knowledge of the documents, so far from helping him, would have shown the British that he had no foundation for his claim.

Professor Telles was at pains to argue that what was being discussed in this correspondence was not the alleged right of passage, but merely one of example of that type of impediment, a type, according to his classification, of almost unlimited extent, which he called "regulation of the right". With all respect to him, this is beside the point. Whatever the correct description of what the Governor was claiming—right or exemption or immunity or anything else—he was claiming it as something which the Marathas has given him by a treaty. In spite of that, the British refused to grant it *in toto*, without any reservation as to some right which they were ready to acknowledge. The importance of the incident is that the British declined to recognize a Maratha treaty as binding. From this point of view, the subject of the particular claim is of no importance. There is nothing to suggest that a different claim put forward on the same ground would have met with a different reception.

While discussing this correspondence of 1818, Professor Telles criticized the explanation given in paragraphs 320 to 323 of the Counter-Memorial of the origin of Portuguese rights in the enclaves. I first repeat what we have said in the Rejoinder, that any confusion on this point is not to be made a reproach against the Government of India. It is Portugal who is putting forward a case based on sovereignty over the enclaves. She claims to derive that sovereignty from a Maratha treaty. If we show, as I submit we do, that that claim is untenable, no wonder that the matter is left in some doubt. This goes far to explain any inconsistency between what I said at the oral hearing on the Preliminary Objections and paragraphs 320 to 323 of the Counter-Memorial. It must also be remembered that that hearing took place before there had been any full consideration of the facts, whereas the Counter-Memorial was composed in the light of the exhaustive examination which had then been made.

However, what justification really is there for our learned opponents' strictures upon this passage of the Counter-Memorial? In my submission, criticism is based entirely upon misunderstanding of what we say. We have been discussing the misrepresentation in the Governor of Daman's letter. Professor Telles puts into our mouths the contention that this misrepresentation:

"was the source of Portuguese sovereignty over the enclaves"
(transcript, page 406).

It is sufficient answer for me respectfully to refer the Court to paragraphs 320 to 323 of the Counter-Memorial. What is there said is that it was by usurpation that the Portuguese acquired sovereignty; and I do not suppose Professor Telles would deny that sovereignty can be usurped. The misrepresentation was not the source of sovereignty, it was simply a device by which successful usurpation was made possible.

In the Counter-Memorial we go on to submit that this usurpation, even if it gave the Portuguese sovereignty over the enclaves, did not also give them a right of passage over British territory. This, Professor Telles complains, is a mystery which he is unable to penetrate. I hope that a few words will suffice to enlighten him. It is one thing to say that, when sovereignty over an enclave is lawfully acquired, that sovereignty carries as one of its attributes a right of passage over the surrounding land. We say there is no such attribute, and the Court has heard the argument about that. However, even if we were wrong, that, as I say, would be one thing. It would be quite another thing to say that, if sovereignty over an enclaved territory is usurped, international law will reward the usurper by presenting him with an additional right, will assist him by ensuring his access to the land he has usurped. We deny that international law is so unjust. The explanation of the mystery is as simple as that.

[Public hearing of 16 October 1959, morning]

Mr. President and Members of the Court, I come now to another example of British actions inconsistent with the recognition of any right of passage. This example consists of the complete prohibition imposed from time to time on the entry of certain goods into British territory or their export from British territory.

It is perfectly obvious, of course, that goods which were not allowed to enter British territory could not pass between Daman and the enclaves. The same is true of goods which were not allowed to leave British territory. When the British prohibited export or import, by that very act they prohibited transit between Daman and the enclaves.

So much Professor Telles did not dispute; but he contended, and I quote him:

“that the intention of the British prohibition was not against the actual right of passage between Daman and the enclaves. It only affected that passage in a roundabout and indirect fashion.”
(Transcript, p. 427).

I ask first, what has this to do with the argument? What difference is there for our purposes between a prohibition operating on the transit directly and a prohibition operating indirectly? It seems that we are here presented with yet another limitation inflicted by our learned opponents on their much-enduring right. It was a right of passage, it now appears, with which the British were free to interfere as much as they liked, provided they did so indirectly. Passage between Daman and the enclaves of even the most important products might be paralysed (I use Professor Telles's word); yet the British did nothing wrong and the Portuguese could not complain, because the paralysis did not come directly but by a roundabout route. It would be cold comfort for a sufferer from paralysis to be told that he should not worry about his disease, because he had only picked it up accidentally from someone else. I submit that international law is not so unreasonable or so unjust as to allow a country to do by subterfuge and device what it could not do openly and directly. If direct prohibition would have been inconsistent with the alleged Portuguese right, then roundabout prohibition must have been inconsistent as well.

In fact, however, Professor Telles need not have embarrassed himself with this theory, for it finds no support in the facts. There is nothing to justify his suggestion that “the intention of the British prohibition was not against the actual right of passage”. Let us take, for instance, the case of salt. It is true that the evil which the British authorities desired to stop was the loss of salt revenue resulting from the introduction into British territory of salt produced in Daman, but their intention was to prohibit whatever gave rise to this evil. It was not only confessed import of salt from Daman which gave rise to it, but also irregularities inseparable from carriage of salt from Daman to the enclaves. So both had to be stopped, and the prohibition of import effectively put an end to both. The effect of the prohibition, I repeat, was to put an end to transit, and it is clear that that was also part of the intention behind it.

For proof of his allegation about the intention of the British, Professor Telles appeals to what he calls:

“The fact that the general prohibition of entry into or exit from British territory did not affect transit traffic between Daman and the enclaves, whenever the nature of the goods, or other factors, enabled the British authorities to be less strict in their supervision...”
(Transcript, p. 427).

The proof turns out to be a disproof, for this so-called fact is itself imaginary. When we look at the three examples given, we find that

they are very far indeed from establishing it. For his first example, Professor Telles harks back to military stores. This time he says that the Portuguese, although not allowed to export them to British India, could send them to or from the enclaves:

“on condition of our taking the precautions set forth in particular in the documents reproduced in Indian Annexes C Nos. 64 and 65” (transcript, p. 427).

I have no intention of going back to the subject of transit of military stores, which we have already considered in detail. The Court will remember that the Portuguese, so far from being allowed to send military stores to the enclaves on condition of taking precautions, could only do so with the special permission of the British, for which they were careful to ask in every case. This system, moreover, was not a special system peculiar to the enclaves, it was applied equally to the import of military stores from Portuguese territory into any part of British India.

For his other two examples, Professor Telles takes an isolated incident of 1824, and the trifling concession in favour of the few dates which a traveller might eat on his way from Daman to the enclaves. Frail supports indeed on which to construct so comprehensive a conclusion. As for these last two incidents, I will only refer the Court to the clear explanations which we have given in paragraphs 363 and 370 of the Rejoinder.

Mr. President and Members of the Court, let us now recall briefly what the prohibitions were, and what importance they had. The first to be noticed, though not the earliest in point of time, affected Daman salt. The importation of Daman salt by land into British India was totally prohibited from 1895 to 1949: Annexes C No. 46 to the Counter-Memorial and F No. 78 to the Rejoinder.

In considering the effect of this prohibition upon the Portuguese and the local inhabitants, we may start with Professor Telles's own words. He says the prohibitions affected “products to which the British authorities attached particular importance”, and goes on to concede that the effect upon these particularly important products was:

“the paralysing of the circulation of such products between Daman and Nagar Aveli” (transcript, p. 427).

Salt was the only export of any moment from Daman to Nagar Aveli; compare paragraph 5 of the Bombay Government's letter of 1 November 1906, Annex C No. 44 to the Counter-Memorial, I, p. 410. The importance of Daman salt to the inhabitants of the enclaves is emphasized by the Governor-General of Goa in the correspondence set out in Annex E No. 13 to the Counter-Memorial, and this is confirmed by the repeated efforts of the Portuguese to obtain the removal of the embargo. The documents show that such efforts were made in 1906 (Annex C No. 44 to the Counter-Memorial), 1912 (Annex E No. 21 to the Counter-Memorial), 1918 (Annex E No. 22) and finally, with success, in 1949 (Annex F No. 68 to the Rejoinder). (I should add that the embargo was imposed for the protection of the excise duty levied on salt in India, and its removal in 1949 followed the abolition of that duty.) It thus appears that the embargo on salt caused a serious interruption of the exchange of goods between Daman and Nagar Aveli and was a matter of great concern to the Portuguese. It is not likely that they overlooked any

argument by which they might have urged its removal. What they actually said we shall see in a moment.

I come now to the series of prohibitions connected with the distillation of country liquor in Portuguese territory. The excise duty on this liquor was lower in Portuguese territory than in British territory, and the Portuguese allowed a large number of liquor shops to be set up close to the border. The result was that inhabitants of British territory bought in the Portuguese shops liquor which they would otherwise have bought in British territory, thus reducing the amount of duty recoverable by the British. Sometimes the liquor was consumed in the Portuguese shops, sometimes it was smuggled across the frontier into British territory. In the attempt to put an end to this state of affairs, the British authorities in 1892 prohibited the import into the territory of the Government of Bombay of country liquor produced in any part of Portuguese India (Annex E No. 15 to the Counter-Memorial). They subsequently went on, between 1908 and 1924, to impose successive prohibitions upon mhowra flowers, dates, jagri, molasses and saccharine (Annex E Nos. 16, 18, 19, 20 and 23). These were all materials used for distilling, and the effect of the orders was to prevent the production of country liquor.

It thus appears that the importance of these prohibitions was much greater than the nature of the goods prohibited would by itself suggest. The manufacture of country liquor was one of the principal occupations, if not the principal occupation, of Nagar Aveli (Annex F No. 57 to the Rejoinder, III, p. 531). These prohibitions brought it to a stop. The excise duty levied upon the liquor was thus lost, so the Portuguese administration must have been hard hit financially. At any rate the matter was important enough to the Portuguese for them to try persistently, though unsuccessfully, over a number of years to get the prohibitions removed. I respectfully refer the Court to paragraphs 154-163 of the Counter-Memorial, where the story of these long negotiations is summarized and references are given to the relevant annexes.

I now come to the most serious and the most significant of these prohibitions. This is the complete prohibition of all imports by land into Daman, imposed by the British during the war of 1939-1945. I should like first to summarize the facts as they appear from the documents, because the account of this matter which my learned friend, Professor Telles, gave in his speech was, with respect to him, quite inaccurate.

What was imposed was a:

“total prohibition of the import of any commodity from the neighbouring territory of Vapi into the territory of the District of Damao”.

(I quote the description given by the Governor of Daman in his letter of 30 September 1944: Annex F No. 68 to the Rejoinder.) At one time an exception was made in favour of imports in large quantities, but when the Governor wrote all concessions had been withdrawn, for this is his account of the position:

“the export from Vapi of any commodity whatsoever is totally forbidden ... at the present moment not even merchants are allowed to import any commodity from British India...”.

Goods coming from the enclaves were in the first place subject to this prohibition just as much as goods which originated in British territory. This is shown by the fact that the British authorities eventually offered

to allow goods from Nagar Aveli to enter Daman, but only on condition that the Portuguese allowed goods from certain British villages to pass through Portuguese territory: Annex F No. 68 to the Rejoinder, III, p. 589, and Annex No. 97 to the Reply. The Portuguese accepted this offer (Annex No. 99 to the Reply) and from March 1945 exports from Nagar Aveli to Daman were accordingly allowed (Annex F No. 68 to the Rejoinder, III, p. 589).

What was in issue, therefore, was not merely the question whether goods from the enclaves should be exempt from duty at the border of Daman, but the much more fundamental question whether goods from the enclaves should be allowed to enter into Daman at all. This is made perfectly clear by the Governor of Daman's letter of 30 September 1944 and the British Consul's letter of 24 January 1945 (Annex F No. 68 to the Rejoinder and Annex No. 97 to the Reply respectively). The Portuguese internal note of 25 January 1945 (Annex No. 98 to the Reply) does refer to exemption from duties, but this is simply due to a misunderstanding of the position by the author of that note. The Governor of Daman had not been discussing customs duties in his letter of 30 September 1944, but the much more serious matter of the complete sealing of the Daman frontier to goods by the British. The British Consul's letter of 24 January 1945 was not an offer to admit goods to Daman free of duty, it was simply an offer to admit them, if the Portuguese would grant a concession in return. Nothing being said of any exemption, the offer was to admit goods subject to the payment of the normal duties; and, when the offer was accepted, the normal duties were in fact paid on goods from Nagar Aveli entering Daman. The Portuguese note of 25 January 1945 was thus nothing more than a confusion.

(That this was the nature of the arrangement is confirmed by the Indian *aide mémoire* of 23 June 1949, complaining to the Portuguese Legation in New Delhi of an infraction: Annex F No. 76 to the Rejoinder. The arrangement is there described as an arrangement under which:

“the export of rice and other local produce from Nagar Aveli ... to Daman is being allowed across Indian Union territory on the strength of permits”.

Thus, what was being allowed on the strength of permits was not export free of duty, but export itself.)

We can now see that Professor Telles was wide of the mark in describing the question discussed in 1944 and 1945 as:

“the question of the passage of goods across the frontier duty-free and without export formalities” (transcript, p. 431).

The question, I repeat, was whether goods should be allowed to cross the frontier at all. Furthermore, in his anxiety to escape from the obvious difficulties which this incident presents for his case, Professor Telles wandered into serious inaccuracy in his description of the system which the British had imposed. He says it was:

“not a regime of prohibition but a regime of limitation and control” (transcript, p. 430).

We have seen that it was in fact a regime under which (and I use the words of the Governor of Daman himself):

“the export from Vapi of any commodity whatsoever is totally forbidden”.

According to Professor Telles:

“imports proper were possible, which is clearly shown by the fact that traders ... used them since they imported large quantities ... It is clear that once the quota for a certain period was exhausted, imports ceased temporarily; it was no doubt during one of these stoppages that the Governor wrote his letter.” (Transcript, p. 430.)

There is not a word in the documents about any quota. If a quota had been allowed, how could the Governor of Daman have referred to “the total prohibition of the import of any commodity”? It is true that large importations seem at one time to have been allowed; but clearly this concession had been cancelled, for the Governor writes that “at the present moment not even merchants are allowed to import any commodity”. There is not a shred of evidence to support Professor Telles’s assumption that this state of affairs was temporary and arose only because a quota had been exhausted.

Mr. President and Members of the Court, I can now summarize the great significance of this incident, which has caused me to dwell upon it at some length. It shows that for some time the British put a stop completely to all passage of goods from the enclaves to Daman. There was complete interruption, absolute prohibition of transit which, according to our opponents, the Portuguese had a right to maintain. “Control” and “regulation”, even on Professor Telles’s most daring definitions of those words, can hardly comprehend this. The prohibition caused great inconvenience, or, to use the Governor’s expression, a terrible upheaval, in Daman. If the Portuguese possessed a right of passage, this surely was an occasion, if ever there was an occasion, on which they might have been expected to pray it in aid. But the Governor of Daman’s letter contains no hint of such a claim. He refers to “the principles that ought to obtain between neighbouring politico-social groups”—whatever that may mean; he says the British authorities have granted “concessions ... for the provisionment of the Portuguese Colonies in India”; and he appeals to the Government of India’s “sense of justice and sound judgment”. When the British offered to admit goods from the enclaves to Daman, they did so only on condition that the Portuguese gave a concession in return. The Portuguese agreed to this, and never suggested that the admission into Daman of goods from the enclaves was something to which they were entitled without giving any *quid pro quo*. It is perfectly clear, I venture to submit, that no thought of a right of passage had entered the Governor of Daman’s head.

These cases of the imposition of duties and prohibitions complete the incidents to which I wished to refer as examples of actions by the British inconsistent with the existence of any right of passage. Before leaving the topic, I should just add this: the language used throughout these incidents by the British officials is a very clear indication of their state of mind. It shows that there never occurred to them any idea of the existence of a Portuguese right limiting in any degree their freedom of action. British interests were always considered first. A Portuguese request, however important it might be to them, was never granted,

unless it was convenient to the British or there was some reciprocal concession which they wished to extract from the Portuguese.

This attitude was made clear right at the beginning of the British period. Concluding his letter of 1 May 1819 to the Governor of Daman, in answer to a request for exemption from customs duties of goods consigned from Nagar Aveli to Daman, the Governor of Bombay wrote:

“... a *disposition* exists to guard your wishes at all times whenever it can be done consistently with a due attention to the interests of my honourable employers” (Annex C No. 33 to the Counter-Memorial, I, p. 302).

In 1844 the Portuguese asked for exemption from duties of goods sent from Daman to the market at Nagar Aveli. The request was refused, and the reason is thus stated in a letter of the Collector of Continental Customs and Excise :

“... it would be highly unpolitic to comply with the request therein made as the effect thereof would be at once to raise the port of Daman into importance to the detriment of our own interests” (Annex E No. 13 to the Counter-Memorial, II, p. 280).

The exemption granted in 1819 was withdrawn in 1848, because it was being abused. The Deputy Collector stated his reasons for withdrawing it thus:

“involving as it did a daily and hourly sacrifice of our Revenue and considering that the countenance which has been given to the salt smuggling by the Daman Government to the great injury of our Excise in no wise entitles them to extravagant indulgence and that the abuse of a concession and favour made in courtesy required instant correction...” (Annex C No. 34 to the Counter-Memorial, I, p. 323).

In 1895, the exemption from duty of rice consigned from Nagar Aveli to Daman, granted in 1893, was withdrawn. While this step was being considered, a British official wrote the following minute:

“There is no special reason for making any concession to the Indo-Portuguese Government which have never shown themselves well disposed to aid us in fiscal matters. On the contrary, in connection with the Goa Treaty they behaved very badly... When dealing with them in such cases we ought simply to stand upon our rights and make no concession unless one of equal value can be extracted from them.” (Annex C No. 42 to the Counter-Memorial, I, pp. 385-386.)

If I may be permitted one more quotation, I will refer to the prohibitions imposed in order to stop distilling in Portuguese territory. This is a particularly striking case, because the object of the British authorities was to compel the Portuguese to alter their own arrangements on their own territory in a way desired by the British. When the Portuguese were trying to get the prohibitions lifted, the following minute was written by an official of the India Office in London:

“this liquor manufacture seems to be the principal industry of Nagar Aveli, in the same way as the opium industry is a leading industry in Macao. It will be remembered that Nagar Aveli, the largest of the

Portuguese territories, is an enclave in British or Native State territory, and that the prohibition of export of liquor-making materials from British India therefore hits this territory specially hard. Therefore the Government of Bombay have the Government of Portuguese India more or less at their mercy, and may not be willing to surrender their present strong position, by which they may well hope to put an end to this long controversy about liquor smuggling.

The only consideration on the other side is that the Foreign Office may not be willing that the Portuguese Government be subjected to too great pressure. It must, however, be noted that hitherto the Foreign Office have not shown any signs of such an opinion." (Annex F No. 57 to the Rejoinder, III, p. 531.)

Mr. President and Members of the Court, I have, I hope, quoted enough to show that the British authorities always thought themselves free to act, and always did act, in their own interests, without any conception whatever of a Portuguese right. If there was any conflict of interest, the British interest always prevailed. I make one other observation, because of the insistence of our learned opponents at the present stage that they claim right of transit only to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves. There is no trace whatsoever of any such consideration in the documents. The British were never deterred from a course of action by the apprehension of serious consequences to the Portuguese. We have already seen how serious were the economic consequences in Daman and the enclaves of some of their measures. They never took into consideration, nor did the Portuguese ever ask them to take into consideration, the question whether the passage of certain goods might be necessary for the maintenance of order or well-being in the enclaves or for the exercise of sovereignty. That is a consideration which has been mentioned for the first time in these proceedings—although according to our opponents it has for nearly 200 years been an element of an important right belonging to them.

Mr. President and Members of the Court, I must now say a few words about the question of necessity. The Court will remember that Professor Telles dwelt on this subject at considerable length. First he discussed the doctrine, quoting a number of authors; then he referred to certain incidents and the language used by the parties; and from these incidents he sought to draw the conclusion that both sides had accepted the view that: "since transit was necessary, it was not lawful to obstruct it" (transcript, p. 439).

I hope I shall be able to satisfy the Court that this view was never put forward by the Portuguese, still less accepted by the British; and when the parties used such words as "necessary" they never intended such a meaning as Professor Telles would now read into them.

Professor Guggenheim has already discussed this matter from the doctrinal point of view, and I need not go over that ground again. I would only add this. In all his lengthy citation of authority, Professor Telles somehow overlooked the highest authority of all—the decisions of this Court. Had he examined those decisions, he would have found what is set out in paragraphs 561-563 of the Rejoinder. Without repeating all that is said there, I venture to draw the attention of the Court to the two quotations which we gave from the judgment in the *Asylum Case*

(*I.C.J. Reports 1950*, p. 277). It is clear from that decision that if a customary rule is to be established, it must be shown that States have respected it, and then I quote from the decision, the words are:

“as a duty incumbent upon them and not merely for reasons of political expediency.”

The Court did not consider it enough that:

“considerations of convenience or simple political expediency seem to have led the territorial State to recognize asylum without that decision being dictated by any feeling of legal obligation”.

This, then, Mr. President and Members of the Court, is what the Portuguese Government must show: a feeling of legal obligation on the part of the British. Those who addressed you before me on behalf of the Indian Government have demonstrated the necessity of such a feeling for the establishment of a customary right. But what do we find here? When it is said that it is necessary for goods consigned from Nagar Aveli to Daman to cross British territory, the ordinary meaning of the words is that the goods cannot, as a matter of geographical fact, get from one place to the other without going across the intervening land. Quite obviously, such a statement of fact has nothing to do with any feeling of legal obligation. At the same time, it is not merely, in Professor Telles's words, “an abstract pronouncement of this elementary natural or physical truth”, to use his words.

Indeed, Mr. President and Members of the Court, such a statement is very unlikely to be made in the abstract, and I do not recollect any abstract pronouncements of physical truth in the documents in this case. Statements that goods from the enclaves had to cross British territory were made in relation to particular incidents, and the reason, as we shall see, for drawing attention to this geographical fact was to support an argument for the making of a concession or the granting of an indulgence.

Let us, therefore, examine the passages on which Professor Telles relies; and let us examine them remembering that the word “necessary” does not by itself indicate a legal obligation. Examination of the context is thus vitally important for seeing what the meaning is in each document.

The first document is the Governor of Daman's letter of 11 November 1818 (Annex C No. 33 to the Counter-Memorial). The relevant passage is this:

“As the local situation of this pargana of Nagar-Aveli rendered it impossible to transport all its territorial products to this City without necessarily passing through some of the villages in the pargana of Nair Sojani, and Colony Pawary, belonging to the Maratha Government...”

This, Mr. President and Members of the Court, is only a simple description of the facts; but what was the conclusion which the Governor drew? Not that this necessity of itself gave birth to some right. There is no hint of that in his letter. He based his claim to an exemption from customs duties on an alleged stipulation in a treaty, a stipulation which, as we have seen, in fact did not exist. The British made their position very clear; and the Court is already so familiar with this incident that I do no more than mention it. They declined to recognize the alleged

treaty, and said that apart from that they were prepared to meet the wishes of the Governor of Daman, provided that could be done without harm to their own interests. According to Professor Telles, in this transaction the British "accepted that transit was a necessity and was a matter of right" (transcript, p. 439). I feel tempted to borrow another of his phrases, and say that this is, as he put it, "a gratuitous and groundless statement". The only right claimed by the Portuguese was a right under a treaty, and this the British refused to countenance.

Mr. President and Members of the Court, I will not take time over Annex No. 80 to the Reply, from which Professor Telles tried to extract some support. It is obviously no more than a description of the enclaves and their administration.

But we come next to the letter of 27 May 1892 (Annex C No. 41 to the Counter-Memorial), in which the Governor-General of Portuguese India, having briefly described the position of Daman and Nagar Aveli, added:

"it happens that in the transit from one district to the other, it is necessary to pass through foreign territory".

"That categorical statement", says Professor Telles, "likewise passed unopposed by the British authorities." (Transcript, p. 439.)

Mr. President and Members of the Court, what else would you expect? Is it seriously suggested that the British authorities ought to have challenged the statement that in order to get from A to B it was necessary to pass through the country in between them? However, we are asked to believe that both sides accepted the idea of necessity as a basis in virtue of which the British could not oppose the transit. Is it therefore interesting to observe that in this very letter the Governor-General, having used the words which I have quoted, went on to describe the exemption from duty which he was seeking as a "condescension", for which he offered a reciprocal favour in return; and the British, seeing, I quote their words, "no special grounds" for conceding what the Governor-General wanted (I, p. 381), granted only a part of it.

Mr. President and Members of the Court, Professor Telles seeks to rely on the incident of 1898 described in Annex C No. 63 to the Counter-Memorial. I respectfully refer the Court to the documents, and content myself with submitting that on a fair reading of them no indication is revealed that either the Portuguese or the British were conscious of any right or legal obligation. In particular, one British official wrote in his minute:

"I think that we allow officers to take arms through to Daman."

Mr. President and Members of the Court, if he had thought that there was a legal obligation to do this, how could he have spoken of 'allowing' it?

It would perhaps, and I say this with great respect to him, be somewhat wearisome to follow Professor Telles through all the incidents which he mentioned, and there would be no profit in doing so. We should only find the same thing all the way through. Sometimes it is said that it is necessary to cross British territory in order to get from the enclaves to Daman—of course it was. Sometimes there is comment on

the peculiar geographical situation of the enclaves—naturally enough, since they were the only enclaves among the Portuguese possessions. What we never find is any suggestion on either side that these simple geographical facts gave rise to any legal obligation.

As in so many other places, Professor Telles referred to the incidents of the consignment of arms. I have already submitted more than once that those incidents reveal no recognition of a legal right and no special treatment of the enclaves; so I say no more.

As to the Barcelona Conference, I need add nothing to the submissions of my learned friend, Professor Rolin.

There are two final matters, Mr. President and Members of the Court, upon which our opponents rely as showing that the parties recognized the existence of a right based on necessity. The first was the abortive negotiations for the cession to the Portuguese of a strip of territory joining Daman and the enclaves. These negotiations show clearly enough that possession of such a strip would have been useful for the Portuguese—a fact which hardly needed demonstration. But what more do they tell us? Apparently from the failure of negotiations about one thing (that is to say, cession of territory) we are being asked to infer the existence of something quite different (that is to say, right of passage), with which the negotiations were not at all concerned. I feel constrained to ask—is it by considerations such as these that international rights and obligations are to be judged?

Mr. President and Members of the Court, the final matter is that of the construction of the culverts at Lavacha on the main road from Daman to Nagar-Aveli. Let us just remember what the position was. Here was a road of great importance to the Portuguese, but small importance to the British. The Portuguese used it regularly, and were inconvenienced by flooding at Lavacha. We submitted in paragraph 423 of the Rejoinder that these facts provide ample explanation of the Portuguese request for the building of the culverts and offer to contribute to the cost. In spite of everything that Professor Telles had to say on the subject, I venture to repeat that submission, and I am content to leave the Court to judge whether the documents really justify us in drawing any inference about the belief of their authors in the existence of a right of passage.

I will just add this: the British once considered offering a contribution to the cost of maintaining the part in Portuguese territory of the road from Margao to Karwar, in order to induce the Portuguese to put the road into repair (Annex F No. 66 to the Rejoinder).

Mr. President and Members of the Court, do our learned opponents suggest that the British Government possessed and presumably the Indian Government still possesses a right over this road?

Mr. President and Members of the Court, there is only one more point which I desire to make before presenting some final submissions about the British period. I have had occasion, in dealing with certain of the incidents of the period, to point out that the British drew no distinction between passage between Daman and the enclaves and any other entry from Portuguese India into British territory. In view of the oft-repeated assertions of our opponents, that both sides treated transit between Daman and the enclaves as a special and peculiar case, I venture to summarize one or two facts which show that they did not.

The Court will remember how the Treaty of 1878 and the Agreements of 1913 and 1920 applied both to transit between Daman and the enclaves and to any other entry into British territory and treated both alike. On certain occasions, British officials stated expressly that the circumstances of the enclaves provided no special grounds for making concessions to the Portuguese. I respectfully refer the Court to Annex C No. 41 to the Counter-Memorial, I, page 381 and Annex C No. 42, I, page 385. An interesting point emerges from the incident of carriage of arms set out in Annex C No. 64. The original application in that case was for a dispatch of arms between Goa and Nagar Aveli. It was only after the application had been submitted that it was altered to apply to dispatch between Daman and Nagar Aveli. Our opponents had never contended that transit between Goa and Nagar Aveli was in any way special or affected by any right, yet the original application for carriage between Goa and Nagar Aveli was treated by the British authorities in exactly the same way as the revised application for carriage between Daman and Nagar Aveli. A modern example of the absence of any special consideration for communications between Daman and the enclaves is provided by the refusal of the Government of India in 1952 to allow the Portuguese to construct a telephone line between Daman and Dadra (Annex F No. 80 to the Rejoinder). This was on the perfectly general ground that:

“It is not the policy of the Indian Government to permit foreign Governments to erect and maintain telecommunication lines in Indian territory.”

The Portuguese authorities seem to have shared the same view, that transit between Daman and the enclaves was not a special matter divorced from the state of affairs on other boundaries between Portuguese and British territory. On more than one occasion they referred to concessions they offered or things they had done for the British in Goa, as reasons why the British should do something they wanted affecting transit between Daman and the enclaves. I respectfully refer the Court to Annexes C Nos. 39, I, p. 363; 41, I, pp. 378-379; 43, I, pp. 393 and 396; and 47, I, p. 435 to the Counter-Memorial, and Annex F No. 62, III, p. 566, to the Rejoinder. (The incident in Annex C No. 47 is particularly interesting, because, while receiving a concession at Goa, the British refused to grant what the Portuguese wanted between Daman and the enclaves.) It thus appears that British and Portuguese were at one in not regarding transit between Daman and the enclaves as a special case distinct from all other instances of entry into British territory.

Mr. President and Members of the Court, I can now complete this account of the British period by presenting the inferences which, in my submission, must be drawn from it. To start with, the British recognized *no* obligation arising from arrangements made by the Portuguese with the Marathas. In 1819, therefore, the field was clear. If any right of passage had existed previously, it had ceased to have effect, and the position between the British and the Portuguese remained to be worked out.

Thereafter the British regarded every kind of traffic over their territory between Daman and the enclaves as something which they could prohibit or allow, tax or exempt, regulate and control just as they wished. They never acknowledged any right limiting their freedom of action. They took no account of any effect produced within the enclaves

by their acts, and did not hesitate to use their position even to compel the Portuguese to order their domestic affairs according to British desires.

The Portuguese accepted this attitude of the British and never made any complaint of it. However serious the effect upon them of British measures, they never complained of the infringement of any right. When they had troops or armed police or military stores to send between Daman and the enclaves, they asked for British permission. If they wanted an exemption from duty or even a relaxation of a complete embargo, they asked for it as a favour and never mentioned any right. They never based their requests on the needs of their administration or the maintenance of their sovereignty. Both sides entered into agreements quite inconsistent with the existence of any right of passage. Both treated transit between Daman and the enclaves and other entry into British territory on exactly the same footing.

The conduct of the parties thus summarized was entirely inconsistent with the existence of a right of passage. However, that, I submit, is not all. The conduct of the parties from 1818 to 1947 shows a tacit agreement that passage over British territory was subject to British permission and control without any question of right. If any right existed before 1818, this conduct shows that it has long since disappeared. If none existed before 1818, this conduct shows very clearly that none was created during the British period. We search that period in vain for any trace of a right of passage for troops, police, private persons and goods to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty in the enclaves. Still less do we find any trace of a right which would permit Portugal to send her troops across Indian territory to invade and re-subjugate the enclaves in the circumstances existing today. Mr. President and Members of the Court, that is the importance of these 130 years; importance great enough, I hope, to excuse the length of time which I have asked the Court to devote to them.

Mr. President and Members of the Court, this brings me close to the conclusion of my submissions with regard to the British period and the true significance in relation to the questions which the Court is investigating of the happenings over the 130 years which the period comprises. It finally remains for me, however, to call attention to one more circumstance which has its own significance.

The Court will remember that in 1947 not only did India attain independence, but also the new State of Pakistan was created. Both the independent State of India and the independent State of Pakistan had formerly been part of British India. Accordingly, in 1947 difficult questions arose concerning not only the territorial adjustments to be made between India and Pakistan, but also the international obligations of the two States. I have here, Mr. President and Members of the Court, Volume 3 of the Partition Proceedings, published by the Government of India Press in 1948. This volume contains the reports of certain expert committees, including the Committee on Foreign Relations. That committee was set up with terms of reference which included the following:

“To examine and make recommendations on the effect of partition (1) on the relations of the successor Governments with each other and with other countries (including the countries of the British Commonwealth and border tribes) ...”

and then

“(4) on the existing treaties and engagements between India and other countries and tribes ...”

To its report the Committee attach a list of treaties entered into by the Government of India or by the British Government in which India was interested. This list contains no fewer than 627 treaties. The treaties range in date between 1654 and 1947. They include not only treaties made by the Government of India and the British Government, but also treaties made by the East India Company. It is therefore clear that the list was meant to be a comprehensive list of the treaties binding upon the Government of British India at the time of partition, whether because they had been made by that Government or by a predecessor of that Government. It is interesting to notice in passing that more than one treaty with Portugal is included in the list. However, for our purpose what is significant is what the list does not include. It contains no mention of the so-called treaty of 1779, or of any treaty having anything to do with the enclaves. The Court will remember that I pointed out earlier that the Portuguese themselves never relied on this treaty in any way after 1859, in which year they had mentioned it for the first time since 1818.

I submit that the list in this volume is of great significance. It was prepared expressly for the purposes of the grant of independence, and it shows that the so-called treaty of 1779 was not regarded as an effective obligation which would devolve upon the new Government of India.

Mr. President and Members of the Court, this brings me to the conclusion of my submissions and it remains only for me to thank the Court for the patient, courteous and considerate hearing which they have given to me.

With your permission, however, Mr. President, I would be grateful if I might make an announcement to the Court which I have been asked to make by the Agent for the Government of India. It had been our intention that I should cover, in the course of my address, the period 1947 to 1953 and indeed, the Agent for the Government of India announced that this was to be the procedure we would follow. On further reflection, however, we feel that logically we should make a slight change in these arrangements, The new arrangements which the Government of India proposes are as follows:

My learned colleague, Professor Waldock, if you, Mr. President, would be so good as to call upon him to follow me, will deal next with the Sixth Preliminary Objection which has been joined to the Merits. When he has concluded his submissions with regard to this Objection, the Attorney-General for India would desire to follow him and in the course of his speech to cover the whole of the independence period including the insurrection.

Mr. President, I would accordingly be grateful if you would call upon my learned friend, Professor Waldock.

15. ORAL ARGUMENT OF PROFESSOR C. H. M. WALDOCK

(COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)

AT THE PUBLIC HEARINGS OF 16 AND 17 OCTOBER 1959

[*Public hearing of 16 October 1959, afternoon*]

Mr. President and Members of the Court.

Before I begin my address on the Sixth Objection, may I be permitted to express the distress and anxiety which not only I but all international lawyers in England must feel at Sir Hersch Lauterpacht's absence from your Bench, owing to the serious illness which has fallen upon him, in the midst of these hearings. I should like further to express our most earnest hopes for the early and complete recovery of Sir Hersch for whom we all have a very deep affection.

The Sixth Objection, Mr. President, hovers round the door of the case rather with the air of a distant relation who must be given a room somewhere in the house. So we have had to find a place for the Objection in our pleadings. Our first choice, as the Court knows, was to continue straight on with the rest of the argument on the merits, and leave the Sixth Objection to the end. On reflection, as Sir Frank Soskice told the Court this morning, we have decided to bring it in at this point. As we see it, the Sixth Objection largely turns upon the question how far there were differences between the respective territorial sovereigns in regard to transit between Daman and the enclaves in the period prior to 5 February 1930. Accordingly, this Objection has a close connection with the historical facts relating to Portugal's access to the enclaves and there is a certain convenience in taking it while the memory of these is still fresh. So I am proposing to deal with it now immediately following India's case on the long history of differences between Portugal and the territorial sovereign concerning the question of transit.

An additional consideration, Mr. President, is that the question raised by this Sixth Objection is one with which inevitably you will have to deal at an early stage of your deliberations. The issue presented in this Objection, unlike that in the Fifth, is one which is legally quite distinct from the issues on the merits and one which has to be determined as a preliminary issue before the Court enters upon the merits.

India's Sixth Objection, as the Court knows, is that her acceptance of the Optional Clause was limited to "disputes arising after 5 February 1930, with regard to situations or facts subsequent to that date" and she contends that the present dispute does not fall within the scope of those words. Professor Telles, in his speech on 6 October, prefaced his arguments with a lengthy diatribe about alleged changes and inconsistencies in our formulation of the Objection. Indeed, he ventured upon a joke. He said that nothing is left of the Sixth Objection except its number. Even so, he could not quite escape noticing that the Objection No. 6 had been joined by the Court to the merits and required his attention. Indeed it occupied him rather more than a full session.

I need not, Mr. President, say much about the alleged changes and inconsistencies in our presentation of this Objection. From the very beginning we admitted that we were a little embarrassed in formulating this Objection owing to what we thought was a reprehensible failure on the part of Portugal to state with sufficient fullness the facts on which she based her claim. We found ourselves obliged for this reason to lodge the Objection in a tentative form and to reserve our detailed formulation of it until Portugal had been a little more frank about the facts on which she relied. Our subsequent development of the Objection and the final statement of it at the oral hearings was only what might be expected, having regard to that reservation. The Court will find that final statement at pages 228-232 of the printed record of the previous oral hearings.

Unfortunately, Mr. President, I cannot quite limit myself to the observation which I have just made because Professor Telles seemed—it is on page 604 of the Verbatim Record—formally to oppose the admissibility of one element in our Objection. He complained that in our Preliminary Objection we had only referred to the dispute not having arisen with regard to situations and facts subsequent to 1930, whereas at the oral hearings in 1957 we also referred to the dispute not being one that arose after 1930. I believe his objection to the present formulation of our Sixth Objection to be clearly ill-founded and inadmissible. But out of courtesy to Professor Telles I must take up a few moments explaining why this seems to me to be so.

Professor Telles first refers to the limitation *ratione temporis* as a reservation which, strictly speaking, it is not. It is a specific limitation of India's acceptance to a defined class of dispute and, India having lodged an Objection, it is for the Court *ex officio* to satisfy itself that the dispute falls within the defined class. Secondly, he quite wrongly divides the limitation into two separate halves as if it expressed two distinct reservations and India had only pleaded one of them. This, in my view, is a fundamental misreading of the limitation which expressly limits India's acceptance to a defined class of disputes possessing two characteristics both of which must be present to give the Court jurisdiction. Portugal has to satisfy the Court that the dispute possesses both these characteristics or she will inevitably have failed to establish the Court's jurisdiction.

Portugal's opposition to this element in our Objection would also appear, Mr. President, to have come much too late. For in its Judgment in 1957 the Court examined both elements of India's Objection, and found in regard to both of them that it was not in a position to decide the Objection at that stage. Consequently, it is evident that the Court accepted the relevance of both of them and joined the question of jurisdiction to the merits with respect to both elements. In short the matter is *res judicata*.

I now pass, Mr. President, to the substance of the question and, like Professor Telles, I will begin by defining the dispute submitted to the Court in the Portuguese Application. On this point, I truly believe that we are not far apart, at any rate when we are both talking about the Sixth Objection. The passage—it is on pages 604-605 of the Verbatim Record—in which Professor Telles defined the subject-matter of the dispute reads as follows:

"It consists of a divergence of views between Portugal and the Indian Union with regard to the existence or non-existence of the right of passage between Daman and the enclaves and, *consequently* [I emphasize *consequently*], with regard to the lawful or unlawful character of the obstacles placed in the way of that passage.

Portugal maintains that she possesses that right and therefore that the Indian Union is not entitled to oppose that passage since such opposition is unlawful.

The Indian Union, on the contrary, maintains that the right does not exist, and that it is free to prevent that passage, without thereby committing an unlawful act.

Existence or non-existence of this right to communications? Lawful or unlawful character of the rupture of those communications and maintenance of the present situation? Such is the divergence of views which brings the two governments into conflict and which constitutes the subject-matter of the dispute."

That is Professor Telles.

Mr. President, I felt it worth asking you to listen to that passage again because, in discussing the Sixth Objection, it really is rather important to be sure exactly what is the dispute which we have to compare with the wording of the Indian limitation *ratione temporis*. I am prepared to accept that passage as a sufficient general definition of the subject-matter of the dispute, and will only add two remarks. One is, that, as Professor Rolin pointed out in his speech on 9 October—which is at page 633 of the Verbatim Record—the second element in the definition, the lawful or unlawful character of the interruption of communications—is accessory to and dependent upon the first element. My other remark is that "the divergence of views as to Portugal's right of passage" which is mentioned in Professor Telles's definition covers, of course, not only armed forces, police and officials but also private persons and goods.

So much for the dispute, Mr. President. I must now pass to the meaning of the limitation *ratione temporis* in India's Declaration. Now Professor Telles did not discuss the limitation *ratione temporis* as such. Understandably enough he proceeded straight away to consider its application to the particular dispute before us. I believe, nevertheless, that the true scope of the limitation cannot properly be appreciated without first investigating the intention of those who drafted it and inserted it in their Declarations under the Optional Clause and I will pursue that investigation in my next intervention, Mr. President.

The Indian Declaration in question, Mr. President, is the one made on 28 February 1940, which was limited to "all disputes arising after 5 February 1930 with regard to situations or facts subsequent to that date". This Declaration was little more than a re-issue of the first Indian Declaration under the Optional Clause which was made on 19 September 1929, and was then expressed to cover "all disputes arising after the ratification of the present Declaration etc." This earlier Declaration was of course ratified on 5 February 1930, and that is the reason why 5 February 1930 appears in the second Declaration. In order to complete the historical perspective of the Indian limitation *ratione temporis*, it has to be recalled that the original

Declaration made in 1929 was made contemporaneously with the making of exactly similar Declarations by all the other then existing Members of the British Commonwealth. Consequently, there can be no possible doubt that the limitation *ratione temporis* in India's Declaration had the same general purpose as the identical limitation in the Declaration of Great Britain. A main purpose of the British Declaration—so I have always understood—was not to commit the United Kingdom to compulsory jurisdiction with regard to past territorial questions, such as, for example, the Falkland Islands question.

That this was indeed one purpose of the *ratione temporis* limitation in the British Declaration is confirmed by an article written by Judge Lauterpacht in 1930, immediately after the British signature of the Optional Clause. The article, well known, is in Volume 10 of *Economica*; on pages 140-141 you will find in that passage the following words:

“Most probably this reservation was inserted by Great Britain with the view mainly to excluding two classes of controversies: territorial disputes, and claims arising out of the operations of the British fleet and the application of Prize Law by Great Britain during the World War. There is little doubt that the reservation achieves both these objects. In regard to the first, practically all territorial disputes are excluded at least for a long time to come. As a rule territorial disputes are grounded in situations and facts belonging to a relatively distant past, usually in the seventeenth or eighteenth centuries. The ingenious arguments used in 1896 by Lord Salisbury in his correspondence with the American Secretary of State with the view to excluding territorial disputes from the purview of the proposed general arbitration treaty have now been effectively replaced by an elegant but comprehensive clause. In the last forty years Great Britain has submitted to arbitration a number of territorial disputes including those concerning the Venezuelan frontier of British Guiana in 1897, the Alaskan boundary in 1903, the Brazilian frontier of British Guiana in 1904 and the Walfisch Bay territory in 1911. No one of these disputes would have fallen under the terms of a general arbitration treaty excluding past situations and facts”.

That, Mr. President, is clear enough as to the general intention of the Commonwealth form of limitation *ratione temporis*, and in a footnote on page 142 of the same article, reference is made to the similar Belgian limitation *ratione temporis* as obviously designed to meet the case of the Scheldt and cognate controversies.

The learned author went on to express his apprehensions as to the different interpretations that might be placed upon this form of limitation *ratione temporis*. I may say in passing that most of us have felt some of those apprehensions. But in the present connection what is significant is the statement in 1930 that the intention and the effect of inserting this limitation in the British Declaration was to exclude past territorial disputes—that is, disputes concerning territorial questions which had previously been a matter of controversy between the disputing parties. The present dispute, Mr. President, does not concern a question of title or the location of a frontier. But it is very much a dispute which concerns rights affecting territory—affecting indeed the territories of two States. And it is certainly a dispute with a previous history of controversy

between the territorial sovereigns. Our opponents will surely agree with us that it is a dispute affecting territory. For we heard Professor da Silva Cunha contend on 25 September—at page 393 of the Verbatim Record—that the British and then in turn the Indian Union ought to be considered to have succeeded to the obligation of the Maratha Rulers with respect to Portugal's alleged rights of transit, because, he said, "of the territorial character of the obligation". We also think that it is very clearly a dispute with a past history of "divergence of view"; I will look into that matter later, but Professor Telles seems disinclined to agree with us there.

The point I am now making, Mr. President, is that the dispute submitted to the Court is, to all appearances, one of those kinds of dispute which it is known that Members of the British Commonwealth intended to withhold from their acceptance of compulsory jurisdiction, through the insertion of this particular form of limitation. I have felt justified in stressing this point because I well remember the importance which, in the *Anglo-Iranian Oil Company Case*, the Court itself attached to the actual purpose of the limitation *ratione temporis*. The reference, it may be convenient to mention, is *I.C.J. Reports 1952*, pages 106 and 107.

The approach of our opponents to the interpretation of India's limitation *ratione temporis* is, however, a very different one. They pay no attention to the intent of those who made the Declaration and are only interested in finding reasons for minimizing the limitation. Professor Telles, in his final speech two years ago, argued that under the terms of the Declaration acceptance of the Court's jurisdiction is the general principle, and the limitation *ratione temporis* is to be regarded as an exception to this principle. And on this basis he contended that it must be interpreted restrictively. With all respect to my distinguished opponent, I do not think that his way of putting the matter is correct. A limited grant is not precisely the same thing as a general grant subject to exceptions. There was certainly nothing to stop India and the other Commonwealth States (if such had been their wish) from declaring in general terms their acceptance of the Court's compulsory jurisdiction, and then making a special reservation with respect to disputes either arising in the past or arising with regard to past situations or facts. But they did not do so. And when, Mr. President, Iran accepted jurisdiction only with respect to situations or facts relating to treaties subsequent to the ratification of her Declaration, the Court, in the *Anglo-Iranian Oil Company Case*, did not treat the Declaration as a general acceptance of jurisdiction subject to exceptions. Similarly, when India accepts jurisdiction only with respect to disputes arising after a given date and with regard to situations or facts subsequent to that date, the Declaration cannot legitimately be said to constitute a general acceptance subject to exceptions. The very terms in which the Declaration is expressed deny that it is a general acceptance and insist that it relates only to disputes of a certain description. Accordingly, we cannot agree that there is any basis whatever for applying the principle of restrictive interpretation of exceptions to this limitation *ratione temporis* which the Court has to interpret here.

On the contrary, Mr. President, we know from the decision in the *Phosphates in Morocco Case* that, if the Court has any bias in interpreting and applying this form of limitation, it is in the opposite direction—in the direction of being sure not to exceed the limits of the jurisdiction

expressed in the limitation *ratione temporis*. That case—the reference is P.C.I.J. Series A/B No. 74—of course involved exactly the same *ratione temporis* limitation as we have here, and at page 23 of the Judgment the Permanent Court said:

“this jurisdiction”—that is the compulsory jurisdiction—“only exists within the limits within which it has been accepted. In this case, the terms on which the objection *ratione temporis* submitted by the French Government is founded are perfectly clear ... In these circumstances, there is no occasion to resort to a restrictive interpretation that, in case of doubt, might be advisable in regard to a clause which must on no account be interpreted in such a way as to exceed the intention of the States which subscribed to it.”

The Permanent Court, therefore, thought that there was no problem of interpretation in regard to this form of limitation because of the clear meaning of the words. The problem may be quite a difficult one; the problem was that of applying the limitation to the facts of the case. But the Court was very emphatic that the limits of an acceptance of jurisdiction must be respected and on no account exceeded. Indeed, when it was proceeding to examine the application of the limitation to the facts in that case, the Court again said: “it is necessary always to bear in mind the will of the State which only accepted the compulsory jurisdiction *within specified limits*”.

The specified limits of India's acceptance of jurisdiction, Mr. President, are quite clear: it extends only to disputes which both have arisen after 5 February 1930, and have arisen in regard to situations or facts subsequent to that date.

Mr. President, I now propose to examine in turn the two distinct characteristics which a dispute must possess in order to fall within the terms of India's acceptance of jurisdiction. First, as to whether the dispute, in this case, arose after 5 February 1930. Professor Telles says that the dispute arose in 1954 when a controversy arose in that year resulting from the interruption of communications between Daman and the enclaves and from other events at that time. Diplomatic correspondence took place which disclosed a divergence of view, a conflict of opinion with regard to the right of passage. Portugal, he says, claimed a right of passage, demanding that it should not be interrupted, while India opposed that claim and that demand. It was thus, asserts my distinguished opponent, that the dispute before the Court arose. He maintains that his analysis of when the dispute arose is borne out by the Court's own ruling on our Third Preliminary Objection. That was the diplomatic negotiations objection. And he asks how we can reconcile our contention on the third objection, that there was no real dispute before the filing of Portugal's Application in 1955, with our contention now on the Sixth Objection, that the dispute is an old one going back to a period prior to 1930.

If the matter is put in that way it can, of course, be represented that there is some contradiction between our positions on the Third and Sixth Objections. But, Mr. President, this contradiction is apparent rather than real. The issue raised by the Third Objection was whether Portugal had satisfied the requirements of international law in regard to the exhaustion of diplomatic negotiations before she filed her Application. We contended that this was not the case because, in our view, the legal

claim advanced by her in the Application had never been sufficiently formulated in the course of the diplomatic negotiations so that we did not think it possible to speak of the diplomatic negotiations having reached a deadlock. In other words, Mr. President, the Third Objection concerned the crystallization of the dispute, not its origins, not its sources. The Court held that we were wrong and that the legal aspects of the dispute had become sufficiently crystallized in the diplomatic negotiations. Of course, we accept the Court's ruling upon that. But the question *now* before the Court, the question whether the dispute dealt with in the diplomatic negotiations was or was not merely an extension, a new manifestation, of an older dispute—that issue was never in question in the Third Objection and that is the issue you now have to deal with.

Professor Telles also complains that India seeks to define the dispute as if it related solely to the existence of the right of passage and not also to the alleged violation of the right; that we reduce the dispute to an abstract discussion of the alleged right of passage unrelated to the facts said by Portugal to constitute a violation of that right. He protests that it is not for the respondent but for the plaintiff State to define the dispute under Article 40 of the Statute and Article 32 of the Rules; that we have no right to try and curtail Portugal's definition of the subject-matter of the dispute so as to make it relate only to the right of access and not also to the unlawful acts attributed to India.

That protest a little takes one's breath away. Is it India or is it Portugal who has been straining every nerve since the filing of the Application to whittle down—to curtail—the subject-matter of the Portuguese claim? As to that, I need only remind the Court of the vivid account of the successive truncations of her claim by Portugal in the Pleadings which was given to you on 9 October by my eminent colleague, Professor Rolin. But, in any event, Professor Telles is in no way justified in charging us with curtailing the Portuguese claim for the purposes of the Sixth Objection. On the contrary, we base ourselves strictly on the formulation of the claim in Portugal's Application. Our contention is that the subject-matter of the dispute is Portugal's general claim to a right of access and a secondary claim, which is purely accessory to the first claim, that India has allegedly violated that right by certain measures which she has taken. That is how Professor Rolin put it on 9 October and that is in effect how Professor Telles himself put it in his description of the subject-matter of the dispute which I read out a little while ago. You remember, Mr. President, I emphasized the word "consequently", which appears in his definition. But, more than that, it also seems to have been the way in which the Court itself regarded the matter in the very passage from its Judgment on the Third Objection of which Professor Telles reminds us. The passage in question—which occurs on page 149 of the 1957 volume of the Court's *Report*—reads:

"While the diplomatic exchanges which took place between the two Governments disclose the existence of a dispute between them on the principal legal issue which is now before the Court, namely, the question of the right of passage, an examination of the correspondence shows that the negotiations had reached a deadlock."

So the Court also had no doubt—and it is a point which is really quite evident—that the question of India's alleged violation of Portugal's alleged right is secondary and accessory to the principal claim.

When Professor Telles asserts that the dispute obviously arose only out of the controversy in 1954 and protests that we are altering the subject-matter of the dispute by neglecting the way in which Portugal has formulated her claim, we naturally felt rebuked and hasten to have another look at the Application. Well, I wanted to see whether that document really does tie the subject-matter of the dispute so exclusively to the controversy of 1954 as Professor Telles makes out. It does not seem to us, Mr. President, to do anything of the kind. First, one finds a passage headed "Subject of the dispute" which says that the disputes submitted to the Court:

"Concerns the right of Portuguese officials and nationals, as well as foreigners authorized by Portugal, to cross India on their way between the Portuguese territory of Daman and the Portuguese enclaved territories, etc.

Portugal, to whom this right unquestionably belongs, has claimed and continues to claim to exercise it. India for its part has opposed, and continues to oppose, the exercise of this right.

Hence the dispute submitted to the verdict of the Court, on the basis of the facts and the law set out hereunder."

There then follow a number of paragraphs covering in brief outline, as you know, Mr. President, the facts and the law relating to Portugal's alleged right and to the alleged violation of it in 1954. Both the facts and the alleged legal titles relied on by Portugal are taken back to the eighteenth century. Finally, one comes to the submissions, the first one of which asks the Court to declare, in the most general terms, that Portugal is "the holder or beneficiary of a right of passage" and states that "this right comprises the faculty of transit for persons and goods, including armed forces, etc.". And after that, the second submission asks the Court to declare that India "has prevented and continues to prevent the exercise of the right in question". That is what is in the Application, of course, I have cut it down a bit, but that is substantially what is in the Application.

I may note in passing, Mr. President, that neither the definition of the subject of the dispute at the beginning nor the submissions at the end actually mention the events of 1954. The link with 1954 has to be found in the section on the facts and in the final phrase of the definition of the dispute, which I read to you and which says: "Hence the dispute submitted to the verdict of the Court on the basis of the facts and the law set out hereunder". Well, that is a pretty general statement, and when you look at the facts, are they tied exclusively to the events of 1954? Certainly not. They go back to the Marathas. Are the considerations of law tied exclusively to the events of 1954? Not at all. They also go back to the Marathas. And what about the right claimed in the final submissions? Is that right limited to the right which was the subject of controversy in 1954? Nothing of the kind. It covers the passage of goods. It covers the passage of private individuals. Neither of these matters formed the subject of the controversy in 1954, but did in earlier times. At least, that was frequently so in the case of goods.

Accordingly, Mr. President, I do not think that we merit the rebuke of Professor Telles. I also believe that I will have convinced you that in discussing the Sixth Objection it is the Portuguese, and not we, who are trying to rewrite the Portuguese formulation of the subject of the

dispute. And the reason is that the subject of the dispute, as formulated by the Portuguese themselves in their Application, is manifestly Portugal's general claim to a right of access which is not tied exclusively to the events of 1954 and which she knows to have behind it a long history of "difficulties" and of "divergences of view" of one kind or another.

What I have just said, Mr. President, leads me to make a brief observation about Professor Telles' statement that under the Statute and the Rules it is *not for the respondent but for the plaintiff State* to define the subject-matter of the dispute. Naturally, I do not take any exception to that statement as it stands. If, however, Professor Telles means to imply that a plaintiff State's formulation of the subject of the dispute is conclusive of the question when the dispute must be considered to have arisen for the purpose of applying a limitation *ratione temporis*, I should certainly not agree. A plaintiff State cannot, simply by defining the subject of the dispute in a particular limited way, preclude the Court from examining whether in truth the dispute submitted to it is not merely an extension, a fresh manifestation, of an earlier divergence of views between the Parties concerning essentially the same subject. I need not enlarge on this point, because in its Judgment joining the Sixth Objection to the merits the Court seems to me clearly to have taken the view that in the present case it is a matter for argument whether or not the dispute submitted to it by Portugal arose in 1954 or at some prior date. Dealing specifically with this element in India's limitation—the question when the dispute arose—the Court said that the divergence of views between the Parties after 1953 :

"cannot be separated from the question whether or not the dispute submitted to the Court is only a continuation of a dispute which divided Portugal and the territorial sovereign prior to 1930 concerning the passage".

And then it added that it was not in a position at that stage of the case to determine "the date on which the dispute arose or whether or not the dispute constitutes an extension of a prior dispute". The Court, it seems to me, could hardly have used those words if it had thought that Portugal's formulation of the subject of the dispute by itself concluded the question whether the dispute arose in 1954 in Portugal's favour.

On this point, Mr. President, it seems to us that our opponents do not sufficiently distinguish between the date when the dispute arose and the date of the incident which occasioned the bringing of the dispute to the Court. The dispute submitted by Portugal to the Court concerns Portugal's claim to a right of access to the enclaves across Indian territory to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty in the enclaves. It is a dispute, which, as it is formulated by Portugal herself, extends beyond the particular incident of the refusal of passage in 1954. The events of 1954 provided the occasion for Portugal to bring the dispute before the Court, but the dispute itself is not limited to those events.

Naturally, we do not contest the view that the dispute concerning Portugal's particular application for transit facilities in 1954 for the purpose of suppressing the insurrection is a dispute which arose after 5 February 1930. But that does not dispose of the question whether the 1954 dispute was simply a recurrence—a recurrence no doubt in particular circumstances, but still a recurrence—of a dispute which off and

on had lifted its head on many occasions and in different forms in the days before 5 February 1930. It does not, in short, dispose of the question raised by the Court itself in its Judgment on the Preliminary Objections—the question whether the 1954 dispute was simply an extension of an earlier dispute.

In any event, Mr. President, the second element in India's limitation *ratione temporis*, that is, the condition that the dispute must have arisen "with regard to situations or facts subsequent to 5 February 1930", provides our opponents with a second hurdle which they have to jump. Here they put their faith in what they claim to be the true import of the decisions of the Permanent Court in the *Phosphates in Morocco* and the *Electricity Company of Sofia* cases. Professor Telles says—and in this I certainly agree with him—that in both these cases the Court held that, in applying this form of limitation *ratione temporis*, only those situations and facts are relevant which are to be considered as being the source of the dispute. He then proceeds to give his own narrow interpretation of what, according to him, the Permanent Court meant by "situations or facts which are the source of the dispute". He contends that those cases lay down that, for the purposes of applying the limitation, situations or facts are to be considered the source of the dispute only when they are situations or facts which have been denounced by the plaintiff State as an illegal act. He seeks to justify this conclusion on the basis of his analysis of the reasoning of the Court in the *Phosphates* and the *Electricity Company* cases, and also as a matter of inference from the actual decisions in those cases. So far as concerns the *Electricity Company Case*, he cites in support of his view a statement on page 98 of the new edition of Sir Hersch Lauterpacht's book on the *Development of International Law by the International Court*, and that passage reads:

"It may be inferred from its Judgment"—that is the Judgment of the Permanent Court—"that the 'source of the dispute' is the fact or situation of which the Plaintiff Government complains as constituting a breach of an international obligation."

Naturally, Mr. President, I have paid the very closest attention to that statement, but I do truly believe that, if the two Judgments of the Permanent Court are studied together, it will be found that the inference from the Permanent Court's Judgment which is mentioned in that statement goes a little beyond what was in the mind of the Court.

Mr. President and Members of the Court, after reading with *every care* the Judgment which you yourselves delivered two years ago joining the Sixth Objection to the merits, it appears to me that Professor Telles faces an insuperable difficulty in seeking to persuade you of the correctness of his theory. He insists—and I am bound to agree with him here—that the only situation which Portugal has denounced as illegal in her Application is the situation resulting from India's opposition to the Portuguese demands in 1954. It is on this basis that he is asking you to dismiss the Sixth Objection as ill-founded. But, if his theory of what is the true import of the decisions of the Permanent Court were correct, you would have had no possible reason for joining the Sixth Objection to the merits. The fact that Portugal has not denounced in her Application any situation earlier than 1954 as illegal appears on the face of the Application itself, and we have never tried to contest it. Consequently, if you had thought that Professor Telles was right in his interpretation

of the *Phosphates* and the *Electricity Company* cases—which he argued before you at length in the previous oral hearings—you must undoubtedly have rejected the Sixth Objection outright. But you did not do so. You joined the Objection to the merits.

[Public hearing of 17 October 1959, morning]

Mr. President, when we broke off last evening I had expressed the view that the thesis put forward by our opponents on the interpretation of the *Phosphates Case* and the *Electricity Company Case* appeared to be in conflict with your own decision when you joined the question of jurisdiction to the merits.

I therefore, now, approach my examination of the *Phosphates* and *Electricity Company* cases, heartened by the thought that there is certainly a flaw somewhere in my distinguished opponent's interpretation of those cases. I also believe, Mr. President, that the conclusion which he seeks to draw from those cases must, on principle, be wrong. The problem before the Court is to determine the scope of the class of the disputes covered by India's Declaration, that is, the scope of India's acceptance of jurisdiction, and then to see whether the present dispute falls within that class. Our opponents are asking the Court to solve that problem not by reference to the intention of the respondent State in drawing up its acceptance of jurisdiction, but by reference exclusively to the intention of the plaintiff State in drawing up its claim. That, it seems to me, cannot be right, and our opponents really seem to be asking the Court to look at the problem through the wrong end of the telescope.

Furthermore, Mr. President, it only requires a moment's thought to realise that Professor Telles's interpretation of the two cases, if accepted, would completely defeat the intention of those States who have limited their declarations by this *ratione temporis* formula—and would indeed render the limitation almost nugatory. For almost any ancient dispute, however long-standing, could be brought before the Court, despite the limitation *ratione temporis*, by the simple expedient of provoking a new incident and then carefully limiting the allegations of unlawful conduct in the Application to the new incident. For example, a dispute like the Falkland Islands question might be brought to the Court on the basis of a complaint about a new issue of British postage stamps for those Islands—the dispute as to the title to sovereignty being the real subject-matter of the case. Well, that is a fanciful example but it serves to illustrate that Professor Telles's thesis completely fails to take care of the problem of the revival of old disputes which it is the prime purpose of the limitation *ratione temporis* to exclude from the State's acceptance of compulsory jurisdiction. That this was one of the prime purposes of the limitation was expressly stated by the Permanent Court in the *Phosphates Case*.

Now, with your permission, Mr. President, I will look a little more closely at the *Phosphates Case*. It is particularly instructive, for the present purpose, because it was the first occasion on which the Court was called upon to consider the double form of limitation *ratione temporis* which is now in question and it made general observations about this form of limitation which the Court did not think it necessary to repeat in the *Electricity Company Case*. I have already mentioned the

passage in the Judgment where the Court stressed the need to bear in mind the will of the State when it accepted jurisdiction and the importance of keeping within the limits of that acceptance. The Court then went on to discuss the object of the limitation, and it said:

“It was inserted with the object of depriving the acceptance of the compulsory jurisdiction of any retroactive effects, in order to avoid, in general, a revival of old disputes, and 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.”

That passage, Mr. President, is on page 24 of the Report in P.C.I.J. Series A/B, No. 74, and the Court next considered the intention of the signatory State in using the words “situations or facts”. It went on:

“The Court is of opinion that the use of these two terms shows the intention of the signatory State to embrace, in the most comprehensive expression possible, all the different factors capable of giving rise to a dispute. The Court also observes that the two terms ‘situations’ and ‘facts’ are placed in conjunction with one another, so that the limitation *ratione temporis* is common to them both, and that the employment of one term or of the other could not have the effect of extending the compulsory jurisdiction.”

I would like to draw the Court’s attention particularly to the words: “intention of the signatory State to embrace in the most comprehensive expression possible all the different factors capable of giving rise to dispute”. Do these words suggest that the Court understood this form of limitation *ratione temporis* to cover only situations or facts denounced as illegal by the claimant state in its Application? Obviously, they indicate something very much broader, exactly the opposite.

Then the Court went on to speak, again generally, of the application of this form of limitation:

“The question whether a given situation or fact is prior or subsequent to a particular date is one to be decided in regard to each specific case, just as the question of the situations or facts with regard to which the dispute arose must be decided in regard to each specific case. However, in answering these questions it is always necessary to bear in mind the will of the State which only accepted the compulsory jurisdiction within specified limits, and consequently only intended to submit to that jurisdiction disputes having actually arisen from situations or facts subsequent to its acceptance. But it would be impossible to admit the existence of such a relationship between a dispute and subsequent factors which either presume the existence or are merely the confirmation of a development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute.”

Well now, in this passage also, Mr. President, the Permanent Court seems to me to be entirely out of tune with Professor Telles. Did the Court concentrate our attention on the question whether or not the situation or fact is one denounced as illegal by the plaintiff State in its Application? No, it directed our attention to something quite

different. First, it said that for a dispute to be within the Court's jurisdiction under this form of limitation, it must *really* have arisen with regard to *subsequent* situations or facts. Secondly, it said that it is not enough to invoke subsequent factors which either presume or are merely the confirmation or development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute. In other words they were focussing their attention upon something utterly different from that mentioned by Professor Telles.

Professor Telles himself clearly finds this final sentence a little embarrassing. He accuses us of isolating it from its context, which is the very thing he does himself. Its actual context is as a part of the introductory general observations of the Court on this form of limitation *ratione temporis*. The Court's decision on the particular facts of their case has therefore to be appreciated in the light of this general observation.

Well now, Mr. President and Members of the Court, the decision in the *Phosphates Case* will certainly be very well known to you, and I will try to make my points without taking you into too much detail. But I must first very briefly resume the facts. Italy had claimed, first, that a series of measures taken by the authorities in Morocco, beginning with a dahir of 1920, amounted to the creation of a phosphates monopoly in violation of France's treaty obligations and, secondly, that certain of these measures, beginning with a decision of the Mines Department in 1925, amounted to the dispossession of Italian nationals from their vested rights without compensation. The critical date for the purposes of the limitation was 1931 and under both heads of the Italian claim, most of the measures of which Italy complained were indubitably taken prior to that date. Italy nevertheless argued that both heads of claim were admissible on the basis that the dahir of 1920 and the Mines Department's decision of 1925 had created permanent illegal situations which continued after 1931 and which she represented therefore to be "subsequent situations", because they had continued into the subsequent period. She also argued that some measures had been taken after 1931 and that the alleged violations of France's international obligations had only become definitive as a result of these subsequent measures. The Court rejected these arguments, holding that for the purposes of applying the limitation both claims must be considered to have arisen with regard to situations prior to 1931. Well, that is a very brief outline of the case.

What, Mr. President, does my distinguished opponent have to say about the decision? His method of dealing with the decision is so extremely curious that it really makes one wonder whether a contention needing that kind of support can possibly be well-founded. He began—it is in the English translation of page 608 of the transcript—by putting into the mouth of the Permanent Court a statement which you will not find, I think, anywhere in the Report. Let me read you the passage of his speech, he said:

"The Court, in interpreting the expression 'situations or facts with regard to which the dispute arose', clearly made the following point which is of capital importance (and notably to an examination of the temporal objection which has been raised by India on the present case)."

Naturally, after this opening you expect to hear some pronouncement of capital importance made by the Court itself and this expectation is only heightened by his next few words, for he continued:

“Such situations and such facts (said the Court) are not all the situations or all the facts, recent or long past, which constitute the subject-matter of the controversy between the Parties. It is not sufficient that a discussion should arise with regard to a fact or a specific situation—with regard to its existence or non-existence, with regard to its interpretation or designation, with regard to its scope or its legal significance. None of that is sufficient to justify solely on that ground the conclusion that the dispute has arisen with regard to that fact or that situation.”

Well, Mr. President, so far as I can see that is *not* the Permanent Court of International Justice, so far as I can see there is no statement to that effect anywhere in the Judgment. It is Professor Telles writing the Portuguese argument for the Sixth Preliminary Objection and then placing it in the mouths of the Permanent Court.

There is more to follow, Mr. President, because my distinguished opponent went straight on to tell you that Judge Eysinga in a dissenting opinion “sought to apply that extension to the meaning of the expression in question, but the Court did not follow him in his interpretation”. That was presumably meant to convey to you that Judge Eysinga had put forward the view that “all the situations and all the facts, recent or long past, which constitute the subject-matter of the controversy between the Parties” ought to be taken into account, and again that to exclude a case *ratione temporis* “it is sufficient that discussion should arise with regard to a specific situation—with regard to its existence or non-existence, with regard to its interpretation or designation, with regard to its scope or its legal significance”, but that then the Court deliberately preferred the much narrower interpretation of the limitation which Professor Telles advances. Well, I hardly know what comment to make on this flight of fancy on the part of our opponents. If my reading of Judge Eysinga’s dissenting opinion is correct—and I truly believe that everyone else seems to understand it in much the same way—what happened in the *Phosphates Case* was precisely the opposite of that represented to you. It was Judge Eysinga who wanted to interpret the limitation very narrowly. Even if a situation had commenced before the critical date and even if its casual facts were prior to that date, Judge Eysinga would have admitted the case simply on the basis that the situation was still in existence after the critical date. But the Court refused to adopt his narrow interpretation of the limitation.

So I think, Mr. President, that we have to be rather wary about accepting our opponent’s presentation of the jurisprudence of the Permanent Court on this matter.

I shall now pass from the fictional to the actual statements of the Court on the *Phosphates Case* on which our opponents rely to establish their proposition.

The first is on page 23 of the Report where, after reciting the respective contentions of the Parties, the Court said:

“In the presence of these contentions, the Court has to interpret the terms of the French Government’s declaration on which the preliminary objection is founded, and to consider whether, having regard to their dates, the situations or facts relied upon by the Italian Government as constituting the subject of the dispute and engaging the international responsibility of France are excluded by the limitation which the French Government inserted in its acceptance of the compulsory jurisdiction.”

I do not see, Mr. President, how that passage helps our opponent’s argument. The Court first said that it must interpret the French Declaration and it went on to do so by making those general observations which I have read to you and which are opposed to the interpretation for which Portugal is now contending. After that the Court certainly refers to “the situations or facts relied upon by the Italian Government as constituting the subject of the dispute and engaging the international responsibility of France”. But of course, regard must be had in the first instance to the situations and facts stated in the Application as constituting the subject of the dispute and engaging the international responsibility of the defendant State. The question is whether the view of the Court is to be limited to those situations and facts and to that question the Court gave a perfectly clear answer both in its general observations and in its actual decision: a situation or fact is not to be considered a “subsequent situation”, if it either presumes the existence or is merely the confirmation or development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute.

The second passage, Mr. President, is on pages 25 and 26 of the Report. Dealing with Italy’s argument that the monopolization of the Moroccan phosphates created a situation which still existed and was for that reason a situation subsequent to the critical date, the Court said:

“The Court cannot accept this view. The situation which the Italian Government denounces as unlawful is a legal position resulting from the legislation of 1920; and from the point of view of the criticism directed against it, cannot be considered separately from the legislation of which it is the result.”

Our opponents fasten on the words “which the Italian Government denounces as unlawful” as evidence of the correctness of their contention. But again it does not seem to me that the passage takes them very far. The Court was not here interpreting the limitation: it was rebutting an Italian argument. Moreover, in the second half of the sentence—which Professor Telles did not cite—the Court expressly held that it could not limit itself to the subsequent situation denounced by Italy but must look back to the legislation which created it.

The Court went on in the same paragraph to point out that any violation by France of her treaty obligation with respect to a phosphate monopoly was the outcome of the dahirs of 1920 and added:

“In those dahirs are to be sought the essential facts constituting the alleged monopolization and consequently the facts which really gave rise to the dispute regarding the monopolization. But these dahirs are facts which, by reason of their date, fall outside the Court’s jurisdiction.”

Now again, Mr. President, how does this passage prove my distinguished opponent's case? The Court was dealing with the particular facts of the case and in dealing with those facts it traced the dispute back to the very first point of difference between the Parties—the dahirs which began the monopoly.

But at the same time, Mr. President, I should like to draw your attention to the second sentence in that passage where the Court refers to the dahirs "as facts which by reason of their date fall outside the Court's jurisdiction". For I believe that there you do find the true principle on which the Court acted in that case: the Court is not competent in the case if, to adjudicate, it has to pronounce upon anterior situations or facts which fall outside the terms of the acceptance of jurisdiction. This principle the Court made much more explicit in a later passage towards the end of its Judgment on pages 28 and 29. Dealing with Italy's alternative claim concerning the dispossession of some of her nationals from their alleged vested rights in Moroccan phosphates, the Court said:

"The complaint of a denial of justice cannot be separated from the criticism which the Italian Government directs against the decision of the Department of Mines of 8 January 1925, for the Court could not regard the denial of justice as established unless it had first satisfied itself as to the existence of the rights of the private citizens alleged to have been refused judicial protection. But the Court could not reach such a conclusion without calling in question the decision of the Department of Mines of 1925. It follows that an examination of the justice of the complaint could not be undertaken without extending the Court's jurisdiction to a fact, which, by reason of its date, is not subject thereto."

No doubt, Mr. President, the Permanent Court might with advantage have pointed out rather more clearly the principle which it was applying and I do not pretend that the *ratio decidendi* of the case is crystal clear. But in the passage which I have just read the Court does seem to me to enunciate a principle which is both clear and absolutely logical. The very purpose of this form of limitation *ratione temporis* is to limit the Court's power of adjudication to disputes with regard to situations or facts subsequent to a particular date. The Court, therefore considered itself unable to take jurisdiction over the dispute when the determination of the dispute required the Court to pronounce upon—to extend its jurisdiction over—contested situations or facts prior to that date.

In other words, Mr. President, when there is such a connection—such a coherence—between a past situation or fact and a present dispute that the Court cannot adjudicate upon the dispute without at the same time adjudicating upon the past situation or fact, then under this form of limitation the case does not fall within the Court's jurisdiction. In our view, this connection—coherence—between the past situations and facts and the present dispute does exist in the case now before the Court and I hope to make that point good very soon, but I must first say a few words about the *Electricity Company of Sofia Case*, because that also is a case on which our opponents rely—the reference, Mr. President, is P.C.I.J. Series A/B, No. 77.

Our opponents, Mr. President, made quite a lot of this case at the oral hearings two years ago, but Professor Telles dealt with it quite briefly in his speech on 6 October, and his method of exposition was quite orthodox and I think I also can be fairly brief on this case.

In outline, the facts of the case were these. A Belgian company had acquired an electricity concession for the city of Sofia in 1909 of which it was deprived by Bulgaria during the first World War when Belgium was her enemy. After the war a Mixed Arbitral Tribunal established under the Treaty of Peace made two Awards ordering the restoration of the concession and laying down a certain somewhat complex formula for fixing the rates which the Company would be permitted to charge for electricity. These Awards were dated 1923 and 1925 respectively and both the Company and the Bulgarian authorities accepted them without any demur. In 1934 differences arose between the Company and the Bulgarian administrative authorities, not concerning the Awards but concerning the application of the formula. The Company maintained that certain decisions of these authorities in that year and in 1935 constituted unauthorized departures from the formula. Proceedings in the Bulgarian Courts yielded no useful result and in 1938 Belgium submitted the case to the Court under the Optional Clause. The critical date for the purposes of the limitation *ratione temporis* was 1926. Accordingly the Awards of the Mixed Arbitral Tribunal had occurred *before* while the decisions of the Bulgarian authorities had occurred *after* the critical date. It was common ground that the dispute itself arose in 1937, when Belgium first took up the case of its national, that is, after the critical date. Bulgaria, however, contended that the dispute had arisen with regard to a situation prior to that date, namely, the situation deriving from the Awards of the Mixed Arbitral Tribunal.

The Permanent Court referred to its previous decision in the *Phosphates Case*, and then—on page 82 of its Judgment—went on to say:

“The only situations or facts which must be taken into account from the standpoint of the compulsory jurisdiction accepted in the terms of the Belgian Declaration are those which must be considered as being the source of the dispute. No such relation exists between the present dispute and the Awards of the Mixed Arbitral Tribunal. The latter constitute the source of the rights claimed by the Belgian Company, but they did not give rise to the dispute, since the Parties agree as to their binding character and that their application gave rise to no difficulty.”

Now, Professor Telles drew attention to the emphasis placed by the Court on limiting the situations or facts to those which must be considered as being the source of the dispute. Naturally, I accept that. But it is important also to notice the reason given by the Court for saying that the Awards of the Mixed Arbitral Tribunal could not be considered a source of the dispute. “They did not give rise to the dispute”, said the Court, “since the Parties agree as to their binding character and that their application gave rise to no difficulty.” In short, it was because the Awards were not the subject of controversy between the Parties and because their application had not given rise to disagreements between the Parties until 1934 that the Court did *not* consider the dispute to have arisen with regard to a situation prior to 1926.

On page 82 of the Report the Court again stressed that the Awards "did not give rise to the dispute, since the Parties agree as to their binding character and that their application gave rise to no difficulty". Does that not indicate, Mr. President, that the Permanent Court would have felt bound to treat the Awards as one of the "real sources" of the dispute, if there had been previous disagreements or difficulties in regard either to them or to their application?

The Court then continued its Judgment with a passage from which Professor Telles has snatched two brief gobbets, and I think, therefore, that I must read the whole passage—which is only three sentences—in order to put them in their proper context. The passage runs:

"It is true that a dispute may presuppose the existence of some prior situation or fact, but it does not follow that the dispute arises in regard to that situation or fact. A situation or fact in regard to which a dispute is said to have arisen must be the real cause of the dispute. In the present case it is the subsequent acts with which the Belgian Government reproaches the Bulgarian authorities with regard to a particular application of the formula—which in itself has never been disputed—which form the centre point of the argument and must be regarded as constituting the facts with regard to which the dispute arose."

Now, there again, Professor Telles emphasizes the statement that a dispute may presuppose the existence of some prior situation or fact without the dispute necessarily arising in regard to it. I have no objection to that. I only remind him that in the *Phosphates Case* the Court equally emphasized that a "subsequent factor" which does presume the existence of an earlier situation or fact constituting the real causes of the dispute does not suffice to take the case out of the *ratione temporis* limitation.

My distinguished opponent's main emphasis, however, is on the last sentence where the Court spoke of "the subsequent acts with which the Belgian Government reproaches the Bulgarian authorities." He claims that the Court is here enunciating his doctrine that only situations or facts are to be taken into account, if they are situations or facts denounced in the Application. But the Court was only dealing with the particular set of facts which were before it, and you may think it significant that once again the Court emphasized that the formula *had never been disputed*.

It therefore seems very clear that in the *Electricity Company Case*, as in the *Phosphates Case*, the Court adopted a broader test than the one put forward by my distinguished opponent. The test which the Court applied was not whether a given situation or fact had been denounced as illegal by the claimant State. The test was rather, whether or not the given situation or fact was one which was the subject of dispute or disagreement between the Parties.

Mr. President, there is one final observation I should like to make about our opponents' thesis. When they say that a "dispute with regard to a situation or fact" means a "dispute with regard to a situation or fact denounced as illegal by the plaintiff State", they seem to me to go very close to saying that it means a "dispute with regard to a dispute between the plaintiff and defendant State". Yet clearly those who inserted the words "dispute", "situation" and "fact" in juxtaposition in the text

of the Declaration understood the words to mean different things. Certainly, that appears to have been the understanding of the Permanent Court in the *Phosphates Case* when it said that the use of the two terms "situations" and "facts" shows the intention of the signatory State to embrace in the most comprehensive expression possible, all the different *factors* capable of giving rise to a dispute. Is it then conceivable, Mr. President, that the Permanent Court did not regard the two terms as covering all antecedent situations or facts the subject of difference and divergencies of view between the States concerned? I mean of course, all having a relation to the subject of the dispute.

We are all of us familiar today with the word "situation" in another context where it is found in juxtaposition with the word "dispute". I mean, of course, the Charter of the United Nations, various provisions of which make mention both of situations and facts in connection with the jurisdiction of the Security Council. Articles 34 and 35 confer on the Council jurisdiction with respect to any dispute, or with respect to "any situation" which might lead to international friction or give rise to a "dispute". There, Mr. President, you have side by side both a "dispute" and a "situation which might give rise to a dispute". Clearly there is a difference and I believe that opinion is virtually unanimous as to the general nature of that difference. The passage in Goodrich and Hambro's *Commentary on the Charter* will serve to make my point. On page 149, one reads:

"A situation, by contrast (to a dispute), is a state of affairs which has not yet assumed the nature of a conflict between parties but which may, though not necessarily, come to have that character. A situation may develop into a serious threat to the peace without any formulation of claims and counter-claims such as characterizes a dispute."

Well, of course, Mr. President, the context is different, but the meaning given to the word "situation" in these provisions of the Charter does seem to me to confirm in a general way the interpretation of the jurisprudence of the Permanent Court which I have ventured to submit to you. A dispute with regard to a situation is a dispute with regard to a state of affairs where the Parties are in disagreement without necessarily having formulated specific claims and counter-claims.

At last, Mr. President, I am ready to examine the application of the *ratione temporis* limitation to the dispute in the present case. The subject of the dispute, as we have seen, is Portugal's general claim to a right of access to the enclaves and an accessory claim that India has violated that right. Since the determination of this secondary claim is wholly dependent on a prior determination of the principal claim by the Court, the exclusion of the latter claim, the accessory claim, *ratione temporis*, is automatically involved in the exclusion of the principal claim. I therefore propose only to examine whether the dispute regarding Portugal's right of access does, or does not, come within the wording of India's limitation.

If the conclusions which I have drawn from the jurisprudence of the Permanent Court are correct, there are two questions which require your answers:

First, was the dispute about Portugal's right of access in 1954 a dispute which was merely an extension—a recurrence, a new manifestation—of a dispute existing earlier than 5 February 1930? And second, was the

dispute in 1954 a dispute with regard to situations or facts existing earlier than 5 February 1930, in regard to which there were difficulties or divergencies of view between the respective territorial sovereigns?

Furthermore, the criterion to be applied in finding answers to these questions is whether, for the purpose of deciding the dispute, the Court must pronounce upon, extend its jurisdiction over, the earlier dispute in the case of question 1, and the earlier situations or facts in the case of question 2.

An affirmative answer to either one of these questions, Mr. President, will have the consequence that the dispute is excluded from the terms of India's acceptance of jurisdiction, by reason of her *ratione temporis* limitation. Happily, the answers to both questions have to be sought in the same historical situations and facts so that I can conveniently deal with both questions by a single investigation of the historical situations and facts. This investigation can, I am glad to say, be brief because, although the whole history of Portugal's access to the enclaves since 1818 is one of difficulties and divergencies of views, it will suffice for me to point out a few of the more obvious situations prior to 1930, where Portuguese access to the enclaves gave rise to difficulties or divergencies of view and sometimes to actual disputes.

I shall start, Mr. President and Members of the Court, with the first interchanges between the Portuguese and the British authorities in 1818 and 1819. You have already had your attention drawn several times to the relevant correspondence set out in Indian Annex C No. 33. The cause of the trouble here was the withdrawal of certain exemptions from customs duties formerly accorded by the Marathas to goods in transit from Daman to the enclaves. The Portuguese objected, asserting specifically that these exemptions were legally due to them under their treaty with the Marathas in 1780, and the Governor of Daman's letter of 11 November 1818 ends with an appeal to the British not to infringe the treaties concluded between the Portuguese and the Marathas. The British, in a letter of 1 May 1819, declined to recognize the relevance of the Maratha treaties, though ultimately the difficulty which had occasioned the divergence of views between the two territorial authorities was adjusted on a friendly basis by the so-called arrangement of 1819. This was certainly a divergence of views, and it would also seem to qualify as a dispute in regard to conditions for the transit of goods.

The adjustment made by the 1819 arrangement was, as you know, far from putting an end to the difficulties and the divergencies of view. Between 1819 and 1844 there was an almost uninterrupted stream of complaints and objections from one side or the other, as you can see from paragraphs 121 to 123 of the Counter-Memorial, and also the correspondence in Indian Annex C No. 33, I, pages 307 to 321 and again in Annex E No. 13. Now, in 1848 the British unilaterally cancelled the 1819 arrangement and withdrew the exemption for Nagar Aveli goods going to Daman. The reason given by the British was that the 1819 arrangement had been seriously abused by the Portuguese. These interchanges in the correspondence between the territorial sovereigns are ample evidence of difficulties and divergencies of view in regard to the transit of goods. It is true that the Portuguese always ultimately yielded because they knew that in the last resort, owing to their respective positions, the British authorities had the whip hand. But this does not signify that the two parties did not have divergent views. On the contrary,

an internal Portuguese document, in Annex 96 to the Reply, is extremely eloquent as to the existence of deep differences between the Portuguese and the British points of view. This Annex is a report from the Portuguese Governor-General to Lisbon and, after referring to the British refusal to recognize the Maratha Treaty, he referred to the 1819 arrangement—and these are his words:

“This constitutes the Convention of 1819 which, having been eluded or violated the very following year by the British officers, was re-established in 1844, and whose effects have now been declared null, without our being heard or our agreement being asked for, and in spite of our rights based on the said Treaty, and confirmed by a long practice. But, in spite of that, and even though the sum, as well as the evidence, of our rights was large, and even if the annulment of the Convention of 1819 had not been justified by the British Government, by the existence of abuse resulting in harm to its interests, my advice would not be, in this case, to try to promote their re-establishment;”

that is, the re-establishment of the arrangement.

He then explained that the British would soon invent pretexts for withdrawing any exemption obtained in any new arrangement, and he ended the paragraph with these words:

“and if, for lack of the means of persuasion, we were to find ourselves then in the painful alternative of withdrawing our claims in a less dignified way, or even to use means of force, which, in consideration of our limited forces, and of our reduced resources, would impose on us inevitably the law of the stronger one, or, not going so far, would lead to the rupture or the deterioration of the friendly relations existing a long time between the two nations”.

Well now, that report, Mr. President, gives one a fairly clear picture of the reality of the conflict of view that existed during that period between the respective territorial sovereigns.

In 1859, as the Court has seen in paragraphs 128 and 129 of our Counter-Memorial, the whole question of the exemption of exports from the enclaves to Daman from customs duties was reopened. The Portuguese again harped upon their alleged rights under the Maratha treaty and they invoked the 1819 arrangement. The British did not recognize these instruments as conferring any rights upon the Portuguese. Here again was a difference of view, if not a dispute, upon a legal issue much argued in the present case. More than that, however, the correspondence exchanged at the time—it is in Indian Annex C No. 35 attached to the Counter-Memorial—confirms again and again the reality and frequency of the disputes and difficulties in regard to this matter. Indeed, they were the cause of an inquiry by both sides into the possibility of making an exchange of territory or a Portuguese corridor to the enclaves. I would like to quote three very brief passages from Portuguese officials.

At I, page 337 of the Indian Annexes you see the Portuguese Commissioner writing:

“It is equally the wish of my Government that the British Commissioner will endeavour to suggest a plan for circumscribing the territory within the jurisdiction of Damaun, whereby (after the

same shall have been approved by the two Governments) *further disputes*, similar to those which have hitherto so much annoyed the said Governments, and troubled the inhabitants of the two territories, may be prevented."

Then on page 343 you find the following from the Governor of Goa:

"My greatest desire was to see the end of all and every dispute which continued pending between our two Governments, and I have already had the pleasure of seeing some of them concluded with every advantage," etc.

And then, finally, on page 344, the Governor approves the idea of an exchange of territory in the following terms:

"The exchange of a narrow piece of land ... will, no doubt, be the step most advisable to be adopted, to prevent in future the *ever-mooting disputes*, which have for so long troubled the British and Portuguese Governments."

I do not propose to carry this particular story any further, Mr. President, for we have covered it pretty fully in our Counter-Memorial. The disputes and the difficulties carried on right up to 1930 and beyond have varying degrees of intensity. The Court will easily recall the difficulties and differences caused, for example, by the total prohibition of transit of salt, total prohibition of materials for distilling liquor. All that is already in the Pleadings, and I can leave the matter there.

As to armed forces, Mr. President. I may perhaps be permitted just to refer to Article XVIII of the 1878 Treaty and to the incident of 1890 when the British complained of numerous violations of this article by Portuguese armed forces in transit between Daman and the enclaves. These matters were discussed by Sir Frank Soskice in his speech of 15 October—transcript, pages 740 to 745—and we dealt with them at length in paragraphs 291-298 of our Rejoinder. I need not therefore discuss them again.

And I do not want to prolong this recital unduly, but I should like to mention one more matter, the Barcelona Convention. We quoted in paragraph 397 of the Rejoinder a passage from a letter written during the conference by the Portuguese delegate to the Indian delegate. It ran:

"As I have told you my Government desires to arrive at a fair arrangement regarding some difficulties in India, where it will be very difficult to apply the Convention we are discussing at Barcelona: [and then underneath that there is:]

(A) Transit Damao-Nagar Aveli.—An arrangement that will be most convenient for this transit that owing to some difficulties arriving out of the salt trade, could be made on such basis as would be negotiated by the two local Governments."

As the Court knows, it was largely because of these very difficulties in regard to the transit of goods between Daman and the enclaves that the Portuguese possessions in India were specially excepted from the provisions of the Convention. It is also the fact, Mr. President, that after the Barcelona Conference was over, Portugal and India undertook negotiations to try and reach an agreement concerning their transit

difficulties in India, and notably with respect to the enclaves. After three years of desultory discussion the negotiations proved abortive.

Mr. President and Members of the Court, I have indicated to you only a very small part of the written evidence which proves the existence of difficulties and divergencies of view between the territorial sovereigns more or less continuously in the period between 1818 and 5 February 1930. Indeed, it is only what you could expect from the very peculiar situation of the enclaves. True, the Portuguese did not usually press their views, when these conflicted with those of the British, beyond a certain point. And they did not, for example, make a claim of right with respect to general access to the enclaves, though they did attempt to impose on the British their ancient claim to customs exemptions. But there were constant difficulties, constant divergencies between them and the British in relation to Portuguese transit between Daman and the enclaves. In my submission, Mr. President, these difficulties and divergencies by themselves make it necessary to give an affirmative answer to both the questions I have posed because:

First, if the Court is to adjudicate upon the dispute submitted to it by Portugal, it has to extend its jurisdiction over the dispute in 1818 and 1859 between the British and the Portuguese concerning the binding force of the Maratha treaties;

Secondly, it has to extend its jurisdiction over numerous situations and facts before 1930 which at the time were the subject of difficulties and divergencies between the territorial sovereigns in order that you may appreciate whether the Portuguese claim is or is not well founded in law.

In the case before the Court there is indeed a body of evidence forming a single continuous whole, stretching from 1818 to 1954, which reveals persistent divergencies of view between the respective territorial sovereigns and in regard to which the Parties are now in flat contradiction as to the proper inferences to be drawn from the past facts and situations. It is in the nature of the case that the Court must extend its jurisdiction over these past facts and situations in order to adjudicate. Otherwise, Mr. President, I do not know why the Parties have already been addressing you for what may seem to you four rather long weeks.

Professor Telles, at the end of his speech on the Sixth Objection, tried to dispose of all the historical elements in the case by saying they were not the source of the dispute; they were only the source of Portugal's right. But, Mr. President, the principal subject-matter of the dispute is Portugal's right and, in our submission, the historical factors in the case inevitably have to be taken into account in the decision of the case as "sources of the dispute" within the meaning of the Permanent Court's jurisprudence on this matter. In the *Electricity Company Case*, what interest had the Awards of the Mixed Arbitral Tribunal for the Court except as the source of the Company's rights? Yet we know that it was only because the Awards had never been disputed and had never given rise to difficulties before the critical date that the Court left them out of account in applying the *ratione temporis* limitation in that case.

Accordingly, Mr. President, I need not detain you any longer. On the basis of the jurisprudence of the Permanent Court, which I have discussed, and on the basis of the clear connection between the historical factors in the case and the subject of the dispute submitted

to the Court, India submits that the limitation *ratione temporis* applies and that the dispute is not, therefore, covered by her acceptance of the Optional Clause.

That, Mr. President, concludes what I am afraid has been rather a dry interlude in the discussion of the case. As you know, it is the intention, with your permission, for the Attorney-General to resume the general argument of India, by taking up the question of the post-British period after me.

16. ORAL ARGUMENT OF SHRI M. C. SETALVAD

(AGENT AND COUNSEL FOR THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)

AT THE PUBLIC HEARINGS OF 19 AND 20 OCTOBER 1959

[Public hearing of 19 October 1959, morning]

Mr. President and Members of the Court.

In the address of my learned friend, Sir Frank Soskice, the survey of the facts was carried down to the end of the British period in 1947. I must now invite you to consider the following period, the period of Indian independence. This period started with the withdrawal of the British in August 1947 and extends for our purposes down to the outbreak of the insurrection in the enclaves in 1954.

As the Court will remember from the address of Professor Telles, our learned opponents seek to divide the period prior to the insurrection into two parts. The first part, they say, extends from 1947 to 1953, during which time transit between Daman and the enclaves went on in the normal way, facilitated by certain concessions granted by the Government of India; their second period, running from 1953 to 1954, was, they allege, a period of ever-increasing restrictions on this transit (Verbatim Record, p. 450). We submit that there is no justification for this division. The period from 1947 to 1954 is all of a piece. It was marked by two characteristics, both of them extending throughout that period. The first was a characteristic new in this period. I refer to the introduction by the Portuguese authorities in Goa of new regulations, restricting and oppressing Indians living in that territory or desiring to enter it. I shall remind the Court in a moment of the details of this unhappy process. It naturally produced a stiffening of the attitude of the Indian authorities, of which Portugal now complains. The second characteristic of this period is the continuation on both sides of the attitude towards transit between Daman and the enclaves so clearly established during the British period. The Indian Government, like the British Government before them, never recognized any right of passage, but regarded these questions of transit as questions to be decided as the interests of India might require. Nevertheless, they were willing to be helpful to the Portuguese when their own interests permitted, and this in spite of the provocative policy pursued in Goa to which I have already referred. The Portuguese, for their part, acquiesced in the Indian view, just as they had acquiesced in that view throughout the British period. They never made any claim to a right of passage.

I venture to say that Sir Frank Soskice demonstrated in the course of his address that no right of passage between Daman and the enclaves existed in the British period. As the Court will remember, the British never recognized any obligation arising from arrangements made between the Portuguese and the Mahrattas. The so-called treaty of 1779 was unknown to them, and after 1859 nothing was ever heard of it from the Portuguese. When the expert committee, in preparation for independence in 1947, compiled a list of the 627 treaties which

would devolve upon either India or Pakistan, they did not include either the so-called treaty of 1779 or *any* treaty relating to the enclaves. I submit that it is clear that there was no treaty obligation to grant a right of passage which devolved upon India, nor any such obligation arising from any other source. In 1947, therefore, Portugal had no right of passage which the new independent State of India was bound to respect. I shall hope now to satisfy the Court that no such right was created during the period of independence.

India became independent on 15 August 1947. I do not need to emphasize the importance, the unique importance, of that day in the history of relations between Asia and the West. On the Indian side, it was a triumph for the policy of Mahatma Gandhi. With his passion for independence he combined his teaching of non-violence. Rather than resort to violence, he was prepared to postpone indefinitely the day when independence should come. To this teaching he won the support of the vast majority of the people of India, and their reward came on 15 August 1947. But on the British side, too, this day represented a triumph; a triumph for the principle of voluntary transfer of power, born of respect for the right of all nations to self-determination and freedom.

I have reminded the Court of this great event, because it was by no means without influence upon the events which have given rise to this litigation. The movement of the spirit which was stirring throughout all India did not stop short at the borders of the Portuguese possessions. Within those territories the nationalist movement was alive. The Portuguese authorities were well aware of this, and in the years immediately before 1947 their apprehensions increased. That the British were soon to withdraw from India was obvious. It was natural that the Portuguese should wonder what the effect of this would be upon the inhabitants of their possessions. As we shall see, anxiety and fear produced the results which they so often do. The Portuguese authorities turned to restriction and repression.

Let us first see what was happening among the inhabitants of the Portuguese territories. The Goan Freedom Movement, already in existence for many years, took on new vigour in 1946. In March of that year, a group of prominent Goans in Bombay issued a manifesto which is to be found in Annex A No. 2 to the Counter-Memorial. The whole manifesto is worthy of study, but I will quote only this passage:

“We in Goa are denied the most elementary civil liberties. A rigorous pre-censorship makes it impossible for us to ventilate our grievances in the press. Freedom of speech is denied to us in order to keep people ignorant and to tighten all the more the bonds of our slavery and servitude.”

On 3 March 1946, a resolution was passed unanimously at a meeting of the Goa Congress Committee, containing the following words:

“The Goa Congress Committee adhere to the national call of ‘Quit India’ demand of the Indian National Congress and call upon the Portuguese to leave the shores of Goa, Daman and Diu so that we can achieve our destiny in common with the rest of India.”

This is reproduced in Annex A No. 3 to the Counter-Memorial.

In July 1946 some observations of Mahatma Gandhi on the State of affairs in the Portuguese territories were answered by an open letter of the Governor-General of Portuguese India published in a Portuguese newspaper in Goa. This letter, which is Annex A No. 4 to the Counter-Memorial, throws interesting light upon the ideas of freedom which prevailed in the Portuguese Government. The Governor-General equated censorship of the press with control of prices. He wrote thus:

“... it is also up to this authority to look after the health of the spirits in not letting them loose to the corruption of ideas. I do not believe that there is little liberty in the benevolent and educative censorship than the other forms of the censorship in which the State intervenes in large scale and which I can see even in the so called democratic countries. For a specific instance I may state that we have not got any control over the consumer goods, as price list has been published by the Government of India in the *Bombay Chronicle* of the 5th July.”

In reply, Mahatma Gandhi published an open letter to the Governor-General in the press on 11 August 1946 (also to be found in Annex A No. 4 to the Counter-Memorial). From it I only quote these sentences:

“That the Indians in Goa have been speechless, has been proof not of the innocence or the philanthropic nature of the Portuguese Government but of the rule of terror. You will forgive me for not subscribing to your statement that there is full liberty in Goa and that the agitation is confined only to a few malcontents. Every account, received by me personally and seen in the papers here in this part of India, confirms the contrary view. I suppose, the report of the sentence by your Court Martial of eight years on Dr. Braganza and his contemplated exile to a far off Portuguese Settlement, is by itself a striking corroboration of the fact, that civil liberty is a rare article in Goa.”

Mr. President and Members of the Court, we have now seen that when the day of independence arrived the freedom movement was already active among the Goans. The repressive counter-measures taken by the Portuguese only accentuated the vigour and the depth of feeling of the nationalists. In their anxiety at the prospect thus opened up, the Portuguese authorities proceeded to bring to an end the traditional arrangements for travel between their possessions and the rest of India, arrangements which had existed for very many years.

In order to appreciate the seriousness of this for large numbers of Indians, it is necessary to recall the very close connection which always existed between the Portuguese possessions and the neighbouring territory. I respectfully refer the Court to paragraph 9 of the Government of India's Preliminary Objection, where we describe the part played by Goans in the life of the rest of India. This had only been possible because of the free arrangements for travel across the border which had always existed. The arrangements which prevailed at different times between Portuguese possessions and British India are described in paragraphs 29 to 46 of the Counter-Memorial. For the moment, I need only remind the Court that for natives of Goa and natives of any other part of India there was in 1947 no barrier or restriction of any kind on the borders of the

Portuguese territories. For Indians, including Goans, travel across these borders in either direction was absolutely free and unchecked.

This was the system which the Portuguese brought to an end shortly after the attainment of Indian independence. By a decree of 26 December 1947, they required all Indians entering Portuguese possessions in India to report to the local police if their stay lasted more than eight days. This decree was amended by an order of 25 March 1948, by which Indians entering Portuguese possessions were required to present themselves to the local police within 24 hours of their arrival and the local authorities were empowered to demand any such document or declaration as might be deemed necessary for identification. As a result of pressure by the Indian Government, the period of 24 hours was extended to 72 hours by an order of 23 March 1950. This requirement was rigorously enforced. In several cases fines were imposed for failure to comply with it, and Indians who had complied with it were sometimes called to the police headquarters in Goa for questioning.

These Portuguese decrees put an end to the system of free entry which had been reciprocally observed for over a century on the borders of the Portuguese possessions. It will be noted that the decrees did not only impose definite requirements. They also conferred upon local Portuguese officials discretionary powers, which were used for harassing Indians in Portuguese territory. It would hardly have been surprising if the Indian Government had retaliated by imposing like restrictions on natives of Portuguese territories entering Indian territory. In fact, however, the Government of India did no such thing. The reason is plain. Natives of Goa are no less Indians than natives of other parts of India. It was not they who were responsible for the unfriendly actions of their Government. The Government of India did not desire to visit upon the inhabitants of Goa the actions of the Portuguese administrators. The restrictions which I have just described were among a number of measures which formed the subject of a protest from the Ministry of External Affairs to the Portuguese Legation in New Delhi in October 1952. This note is to be found in Annex A No. 12 to the Counter-Memorial, and I respectfully refer the Court to that Annex for a fuller account of the subject.

The Portuguese Government, not content with obstructing the entry of Indians into their territory, also introduced a number of regulations restricting the rights of Indians in Portuguese territory. It is true that these regulations in terms applied to foreigners generally; but for practical purposes the only "foreigners" in the Portuguese territories were Indians, so the regulations in effect were aimed at them. It is also true that the number of Indian residents in the Portuguese territories was not large. Nevertheless, the existence of harsh laws discriminating against this minority was an unfriendly act which naturally caused much feeling among inhabitants of the neighbouring districts, and made the Indian Government more reluctant than they had hitherto been to co-operate with the Portuguese.

I now proceed to give an account of some of these discriminatory regulations. In October 1950 regulations were introduced requiring foreigners who wished to carry on trade in the Portuguese possessions to obtain licences, for which certain information had to be given. Managers as well as owners of trading establishments were obliged to supply this information. A number of Indians who applied for trading licenses were refused them by the Portuguese authorities. The old-established reci-

procal freedom of commerce was thus brought to an end by the Portuguese Government, just as they had already brought to an end the reciprocal freedom of entry. Further particulars of this matter also will be found in Annex A No. 12 to the Counter-Memorial.

More serious was the bringing into force in January 1952 of a decree of 1948 which had not been previously made effective in the Portuguese possessions. This decree required any foreigner wishing to reside in those possessions to apply for permission to do so. This was followed by a decree of February 1952, forbidding any foreigner to rent any property in the Portuguese possessions for habitation, commerce or industry without the prior authorization of the Government. Such authorization could only be obtained by a foreigner with legalized or permanent residence in the Portuguese possessions. Applications under these decrees for permission to reside were in some cases refused to Indians who had lived in Goa for several years. In most of the cases permission was ultimately granted as a result of representations by the Indian Consul-General, but this, of course, does not affect the harsh nature of the legislation, which was a constant threat to Indian residents and could at any time be used by the Portuguese authorities against them. A further inconvenience was inflicted on those residents by a decree of May 1952, bringing into force in the Portuguese possession a law regulating the ownership by foreigners, and the transfer to or from foreigners, of immoveable property in the Portuguese possessions.

All these matters were also the subject of the Indian Government's protest of October 1952 (Annex A No. 12 to the Counter-Memorial). I venture to remind the Court of the final paragraph of that note. It reads thus:

"The Government of India would recall that the Government of Portugal has often declared its 'traditional friendship' to and its spirit of 'trustful collaboration' with the people of India. If this legislation, and the action of the Government of the Portuguese possessions in India, is any indication, the Government of India are constrained to observe that these intentions have not been fulfilled. In the circumstances the Government of India is obliged to request the Portuguese Government for a substantial modification of the legislation detailed above, in its effect on Indians, ensuring in general a return to the conditions of freedom of residence, commerce, trade and occupation obtaining prior to 1947."

The Court will observe that what the Government of India desired was simply a return to the traditional regime of friendly intercourse which before 1947 had existed for so many years. We have seen how step by step the Portuguese Government broke this system down. I submit that their action in so doing can only be explained by a feeling of hostility towards India. It may well be that this feeling of hostility is born of a sense of the precariousness of the Portuguese possessions and of apprehension of the future. However that may be, it was a feeling of which the Government of India was obliged to take note.

In spite of the provocation thus given by the Portuguese, the arrangements for transit between Daman and the enclaves remained at this time just as they had been before 1947. I respectfully refer the Court to paragraphs 192-196 of the Counter-Memorial and paragraphs 415-425 of the Rejoinder, where the incidents of this period are described. As

our learned opponents themselves admit, the Indian Government made a number of concessions for the assistance of the Portuguese authorities. In 1949 they removed the restriction, dating from 1895, upon the import into India of Daman salt (Annex F No. 78 to the Rejoinder). In 1950 they granted a permanent relaxation of customs duties to the Governor of Daman (Annex F No. 77 to the Rejoinder). Also, in 1950 they allowed all Government stores consigned from Daman to Nagar Aveli to pass through Indian territory without paying customs duty (Annex C No. 72 to the Counter-Memorial). I submit that these facts show quite clearly that there was no desire on the part of the Indian Government to harass or impede the Portuguese Government, and this attitude was maintained by the Indian Government even after discriminatory legislation in Goa had begun to be introduced.

Mr. President and Members of the Court, I have already said that the attitude of the Indian Government to transit between Daman and the enclaves was exactly the same as the attitude of the British Government had been previously. While willing to make concessions when they could be made without harm to Indian interests, the Indian Government never recognized any right of passage. Thus, from 1948 to 1949, they suspended the concession granted by the British in 1945, whereby goods from the enclaves were allowed to enter Daman although there was in force a complete prohibition of the import of any goods into Daman from British India. I should add in passing that in the Verbatim Record, page 450, Professor Telles repeats his mistake of describing this concession as a mere exemption from customs duties. As the Court will remember, Sir Frank Soskice showed that what was in issue was not merely the levying of duty, but the entry of goods into Daman at all. From 1948 to 1949, as I say, the Indian authorities suspended this concession, because the Portuguese had been passing as produce of the enclaves what in fact was produce of the surrounding Indian territories (Annex F No. 76 to the Rejoinder). The Portuguese made no suggestions that the reimposition of this complete embargo infringed any right of passage. They simply apologized for what had happened and asked that the concession be restored. In 1953, for the same reasons, the Indian authorities had again to threaten to withdraw the concession (Annex F No. 76). The Court will notice at once the similarity between this and a number of incidents in the British period. The attitudes are the same: no consciousness whatever on the Indian side of the existence of a right and no complaint whatever on the Portuguese side of any infringement.

Professor Telles tried to suggest that some acknowledgement by the Indian Government of a right of transit could be extracted from the grant of customs exemption in 1950 to the Governor of Daman, which I mentioned just now. I will only refer the Court with respect to paragraph 420 of the Rejoinder, where we have shown that this act of courtesy had no significance at all for the issues in this case.

As regards the passage of armed men also, the attitudes of the two sides continued to be what they had been during the British period. When the Portuguese wished to send armed men between Daman and the enclaves, they continued to ask for permission. Examples will be found in Annex E No. 60 to the Counter-Memorial and Annex F No. 81 to the Rejoinder. In 1947 the Portuguese authorities asked if permanent permission might be given for the entry of soldiers who went periodically to Nagar Aveli to escort money being transferred to Daman (Annex C

No. 58 to the Counter-Memorial). The Indian Government refused to allow this, and insisted that the practice of asking permission on each occasion should continue to be observed.

I now come to consider the arrangements for entry into Indian territory from the Portuguese possessions. Professor Telles spoke at some length on this subject, and I shall hope to show that his strictures were quite unjustified, and the tightening of the Indian regulations which certainly occurred was only the natural consequence of what the Portuguese themselves were doing. As regards natives of the Portuguese possessions, except those in the service of the Portuguese Government, the Indian Government, as I have said, made no change in the position. They have continued to be treated in every way on Indian territory as though they were Indian citizens. To this day, there is no restriction on their entry, residence, trade, occupation or employment. As regards Europeans, however, in the new circumstances caused by the Portuguese measures, the Government of India saw no reason why the law should not be strictly enforced. Let us now see how this was done.

This stiffening of the attitude of the Indian Government was the natural consequence of the measures taken by the Portuguese authorities in Goa. This, however, was not all of which the Indian Government had to complain. Certain Portuguese officials showed in Indian territory a complete disregard of Indian regulations and behaved towards individual Indians in a provocative and reprehensible way. I mention just one or two examples. In December 1950 a Portuguese judge applied to the Indian Consul General in Goa for a transit visa for a journey from Goa to Daman. He presented a document, claiming it to be a *guia*, which was in fact a piece of paper signed by himself and issued to himself. The Consular authorities pointed out that this was not in order, and asked him to return with a proper *guia* or passport. The judge did not return to the Consulate, but on 2 January 1951 presented himself at the border with no papers at all. In the absence of the police officer normally in charge of the Indian frontier post, he was by mistake allowed to enter India, and then proceeded not to travel to Daman but simply to stay in Bombay. Early in 1952 the Governor General of Portuguese India and the Portuguese Overseas Minister both visited Nagar Aveli without even previous intimation to the Indian authorities. Particulars of all these incidents will be found in Annex F No. 94 to the Rejoinder. In January 1953 the Government of India had occasion to complain to the Portuguese Government about the behaviour of the Commissioner of Police at Goa, a certain Captain Romba, towards Indians at Goa (Annex F No. 102 to the Rejoinder). In August 1953 a more serious incident concerning this same Captain Romba took place in Daman. Captain Romba invited some leaders of the United Front of Goans at Bombay to meet him in Daman for discussions on the future of the Portuguese possessions in India. In doing so he claimed to have special powers "conferred on me by the Ministerial Act promulgated by the Overseas Ministry, for the purpose of interfering in political problems of this nature, relating to Goa, Daman and Diu". Six leaders of the United Front of Goans, of whose aims and activities, as I shall show, the Portuguese authorities were well aware, duly went, and certain discussions took place. At the close of the discussions, in the small hours of 13 August 1953, the Goans were arrested on the orders of Captain Romba and certain of their possessions were seized. They were detained three days and then deported.

Particulars of this incident will be found in paragraph 13 of the Preliminary Objection, Annex A No. 5 to the Counter-Memorial and Annex F No. 116 to the Rejoinder.

In view of these incidents, it is hardly surprising that the Indian Government decided that stricter control must be exercised over the movement of Portuguese officials in Indian territory. Furthermore, in view of the misbehaviour of certain individual Portuguese officials, of which I have just given examples, it was obviously no longer possible to grant any general permission or exemption to all Portuguese officials. It had become necessary for cases of Portuguese officials to be considered individually. This is what the Government of India did. In the autumn of 1953, strict enforcement of the existing regulations began on all borders, including those between Daman and the enclaves.

Professor Telles complained that this enforcement was "beyond question an innovation". I must point out that this is not so. As the Court knows, Portuguese Europeans not domiciled in the Portuguese possessions in India had been required since 1935 to possess a passport and visa when entering British India by land. Although this change in the law of British India was made in 1935, it appears that it was not enforced, or was not strictly enforced, until 1939. However, there is no doubt that after that, it was enforced. I respectfully refer the Court to the documents which show that this was what in fact occurred. In Annex F Nos. 82 and 83 to the Rejoinder will be found correspondence of 1941, which shows that Portuguese Europeans, both officials and private citizens, had to obtain travel permits from the British authorities before entering British territory. This system had the complete agreement and approval of the Portuguese authorities. In Annex F Nos. 85 and 86 there is correspondence of 1943 showing that the same system was applicable between Daman and Nagar Aveli.

This system, as I have said, was well understood by the Portuguese authorities and accepted by them. In 1949, they made an attempt to secure the removal of Portuguese European officials from its operation, and made it in a somewhat curious way. On 12 April 1949, the Chief of Cabinet at Goa wrote to the Indian Consul claiming that all public servants in Portuguese India held a legal domicile in Portuguese India and were therefore exempt under the Indian regulations from the requirements of holding a passport and visa. The Consul General replied on 17 January 1950 that the Government of India followed "general international practice in this respect", and recognized as domiciled in Portuguese India only persons who intended to make their permanent home there. This correspondence will be found in Annex E Nos. 48 and 49 to the Counter-Memorial.

The position therefore was, that all entry of Portuguese Europeans overland into British India had since 1935 been legally subject to the necessity of a valid passport and visa. It seems that the law was not strictly enforced until 1939, but there is no doubt that thereafter the requirements were enforced on the Portuguese borders. It is possible that when the war was over, the enforcement of the law was again relaxed, but it is beyond doubt that the decision of the Indian Government in 1953 strictly to enforce it was not a new and unprecedented measure. It was simply the enforcement of a law which had long existed. The most that can be said is that it was a reversion, after a period of relaxation, to proper enforcement of that law such as had been practised previously

for a number of years. It should also be noted that the Indian Government were not the first to introduce control of entry at Daman and the enclaves.

In 1952 the Portuguese had set up a check post at Dabel in order to enforce the control on entry into their territory, which I described earlier in my address.

Professor Telles complained (*Verbatim Record*, p. 464) that the description of this incident in paragraph 431 of the Rejoinder was inaccurate. I can only say that I have failed to discover any inaccuracy and I respectfully invite the Court to compare paragraph 431 of the Rejoinder with the documents in Annex F No. 95 thereto.

Mr. President and Members of the Court, it was suggested by Professor Telles that the enforcement of travel controls between Daman and the enclaves was the response of the Indian Government to the refusal of the Portuguese Government to consider the cession of the Portuguese territories in India. Indeed, Professor Telles went further than this. He did not hesitate to contend that India having failed to get possession of the Portuguese territories directly, set herself to compass this aim by indirect devices.

Let us consider this suggestion in the light of the facts. The Indian Government proposed to the Portuguese Government discussions with the object of the transfer of these territories to India as early as February 1950. The Portuguese Government declined this invitation in June 1950. Was the sequel to this some underhand attempt upon the Portuguese possessions, as one would expect upon our learned opponents' reasoning? Far from it. What happened was that the India Government allowed three years to elapse, and then merely renewed their request to the Government of Portugal. Furthermore, we must not overlook the context of events in India in 1953. The year opened inauspiciously for the Portuguese, for on 1 January Captain Romba, of whom we have heard before, was involved in two incidents in Goa from which Indian nationals were the sufferers. On 21 January, the Ministry of External Affairs protested to the Portuguese Legation in New Delhi about this (Annex F No. 102 to the Rejoinder). In August 1953 occurred the extraordinary events in Daman, to which I have referred previously. Captain Romba decoyed to Daman a number of prominent Goans from Bombay, and when they were there arrested them. Later in the year, the Government of India again had occasion to complain of the activities of Captain Romba, this time actually on Indian territory, in Bombay. Incidents also occurred in which Portuguese officials travelled across Indian territory without observing the requirement of the obtaining of a visa. It was after these events, to wit, at the beginning of October 1953, that the Government of India decided that the travel regulations must be strictly enforced. I respectfully suggest to the Court that it is not necessary to look as far as Professor Telles did for an explanation of this step. As I have just shown, the Indian Government had occasion in 1953 to complain of Portuguese irregularities in this very matter. In addition, they had more than one occasion to complain of the conduct of a prominent Portuguese official in Goa, in Daman and even in Bombay. I submit that nothing could be more natural than for the Government of India to respond to these events, not by any exceptional or repressive measures, but by a strict and precise application of the existing rules. There is no need to be so fanciful as to think that it was the refusal of the Portuguese to discuss the

transfer of their possessions to India which gave rise to this decision. Furthermore, this refusal was intimated to the Indian Legation in Lisbon on 15 May 1953, and the Legation was actually closed on 11 June. Why, on Professor Telles's view, did the Indian Government allow nearly four months to elapse before producing what he regards as the reply? The answer, of course, is that what induced the Indian Government's decision was not the Portuguese Government's refusal in May but the conduct of the Portuguese officials in India in August and later. Let us notice one more thing. My learned friend, Sir Frank Soskice, described in the course of his address the incident of the construction of the culverts at Lavacha, on the road between Daman and Nagar Aveli. He there pointed out that the incident does not, as our opponents suggest, bear any significance for the existence of a right of passage. It is, however, very significant for the point which we are now considering. For it was at the beginning of July 1953 that the Indian Consul in Goa approached the Portuguese authorities, after a long interval in the negotiations during which their decision had been awaited, and asked them if they wished the culverts to be built (Annex No. 109 to the Reply). Now, the Portuguese Government had refused in May to discuss the transfer of territories. In June the Indian Legation in Lisbon had been closed. After that, according to Professor Telles, the Indian Government was engaged in plotting, in scheming for the expulsion of the Portuguese from these territories. Yet, in July 1953 we find the Indian Government deliberately renewing to the Portuguese authorities a suggestion that they should do something to oblige the Portuguese and facilitate their access to the enclaves. I will not stop to emphasize the incompatibility of Professor Telles's theory with this established fact.

Mr. President and Members of the Court, we must also observe that Professor Telles has begun the story too late. As I have already pointed out in this address, the deterioration of relations between Portugal and India did not begin in 1953. It goes back to the legislation introduced by the Portuguese in Goa in 1947. The Court will remember how year by year fresh measures were introduced to add difficulty to the position of Indians wishing to enter Goa or having to reside there. The Court will also remember how during these years one incident after another had occurred to show that the Portuguese were by no means punctilious in their observance of Indian requirements. It was this continuing provocation, finally crowned by the activities of Portuguese officials in 1953, which was responsible for the Indian decision to enforce the travel regulations. Professor Telles suggests that reprisals would have come before 1953. The answer to this is not only that the provocation, so far from being a single act, was an accumulation of events between 1947 and 1953. I am afraid Professor Telles has also failed to make due allowance for the temper of the Indian Government. It was always the hope of the Indian Government that the Government of Portugal would come to take such a view of the situation as had already been taken by the Governments of Great Britain and France, when they decided to withdraw from India. It was the Government of India's desire to be patient, as long as the Portuguese conduct made this possible. This can be seen very clearly from the fact that, after the first rebuff suffered by their suggestion of negotiations for transfer of the territories in 1950, the Indian government were content to wait three years before repeating that suggestion again. I submit

that it is to the credit of my Government that they put up for so long with the provocations of Portugal before resorting to the retaliation, in itself moderate enough, which they took in October 1953.

Professor Telles went to some trouble to argue that the legislation of which we have been complaining was not in fact discriminatory against Indians (Verbatim Record, pp. 461-463).

He claimed that the rules for the treatment of foreigners in Goa were the same for all foreigners. This may be true, but it does not alter the fact which I have already mentioned, that Indians are the only foreigners to be found in Goa in any considerable number. When the Portuguese Government issued decrees requiring foreigners to present themselves before the police and so on, as I described earlier in my address, it was therefore in effect for Indians that they were legislating. Professor Telles contends that the requirements for Indians were less exacting than those for other foreigners. Once more, this observation is of small importance, for the reason which I have already given, that apart from Indians there was no considerable number of other foreigners in Goa. Furthermore, the unfriendly nature of the Portuguese decrees arises not only from the nature of the decrees themselves, but from the fact that they brought to an end the long-established freedom of entry and residence which Indians in Goa had enjoyed. Professor Telles observed (Verbatim Record, p. 463) that the provisions of one decree were made to apply indifferently to nationals of India and of Pakistan. I venture to repeat, the effect of the decree was still discriminatory against Indians. India was the other side of the border. Pakistan was hundreds of miles away. It was with the territories of India, and not with the territories of Pakistan, that the inhabitants of Goa had for long had close connections. It was not possible for the Portuguese legislators, merely by including the name of Pakistan, to cause the burden of their decree to fall equally upon Indians and Pakistanis. It was Indians who were bound, and I do not hesitate to add intended, to be the sufferers. I add just a word about the request of the Portuguese in 1952 to be allowed to construct a telephone line between Daman and Dadra (Annex F No. 80 to the Rejoinder) because Professor Telles saw in this an example of the alleged determination of the Indian Government to render impossible the retention by the Portuguese of their territories. Sir Frank Soskice has already referred to this correspondence. I will only recall what he has emphasized, that the Indian Government's refusal to accede to the request was based upon a general policy of not allowing foreign Governments to build or maintain such lines on Indian territory.

I therefore submit that this enforcement of travel regulations in October 1953 was only a part of the process of deteriorating relations, started by the Portuguese in 1947, for which they have only themselves to blame. A point was reached at which the Indian Government could no longer ignore the state of mind betrayed by the decrees imposed in the Portuguese territories. A point was reached at which the conduct of Portuguese officials made it inevitable that the Government of India should exercise its undoubted right of controlling their travels across its territory. I say "its undoubted right", and it is interesting to observe that this view has always been shared by the Portuguese themselves. In their notes written at the time the Government of Portugal never suggested that any right of theirs was being

infringed by the Indian requirements. The appeal which they made was to the traditional arrangements and principles of co-operation between the Portuguese territories and India (Annexes 37 and 40 to the Memorial and 123 to the Reply). This is indeed a strange plea in the mouth of the Government which itself departed from that tradition and destroyed that co-operation by its decrees of 1947 and the following years. I need not dwell further upon the point, for Counsel for Portugal had been at pains in the course of the argument to emphasize that of the Indian travel regulations themselves they can make no complaint.

The attack which Counsel for Portugal made, Mr. President and Members of the Court, on these regulations was very different. These regulations, they said, innocuous in themselves, were in fact only the beginning of a process by which the Indian Government always intended to cut off communications between Daman and the enclaves. We must now consider this allegation. Let us first observe that it gains no support from the nature of the rules enforced in October 1953 themselves. It is admitted on all sides that these were rules which India was entitled to enforce. I submit that they were very natural rules for a State in India's position to introduce. There were two subsequent modifications, of which our opponents have complained. In April 1954 the rules were altered so as to require persons domiciled in the Portuguese territories, if in the service of the Portuguese Government, to possess a permit for travel across Indian territory. There had previously been no such requirement for any person domiciled in the Portuguese possessions. This, as I submit, was only a natural extension of the Indian Rules. After all, it was the conduct of officials of the Portuguese Government which had been partly responsible for the original decision of October 1953. All officials of that Government, whether European or Indian, were equally identified with the increasingly oppressive policies which were exciting so much feeling amongst the population of India. There was therefore nothing sinister about the decision of the Indian Government to extend to all Portuguese officials controls which had previously been exercised over some of them. The Portuguese Government also complains that after a time the Indian authorities required two separate visas, one for the journey in each direction. Here again, the explanation lies in the conduct of the Portuguese themselves. Before this change in the rules, it had been the habit to issue to a Portuguese official visas both for his outward and for his return journey before he started. It came to the notice of the Government of India that some officials thus provided with visas never went to their pretended destination in Portuguese territory at all. They remained in Indian territory, often for purposes which would have prevented them from obtaining a visa had they announced their true intentions, and then used the return visa for getting back into Portuguese limits. The Indian Government thus found itself with no alternative but to issue the two visas separately, so as to make sure that the holder did in fact go to his destination in Portuguese territory.

So much for the nature of the rules themselves. Professor Telles contended that the Indian authorities deliberately used these rules in such a way as to lead to complete interruption of communications between Daman and the enclaves. This is how he put his complaint at p. 457 of the Verbatim Record:

“The Indian authorities continually, with or without any pretext, refused visas which were asked for, or were responsible for long delays in granting them, which on several occasions obliged the messengers to come to Surat for nothing, or which raised difficulties of every kind for them.”

Professor Telles went on to give what he claims to be examples of such conduct on the part of the Indian authorities. He first said that between the end of November 1953 and the end of January 1954 no Portuguese official obtained a visa to go from Daman to Nagar Aveli or vice versa. The fact is that during the two months of December 1953 and January 1954 only four requests were received for visas for travel between Daman and Nagar Aveli. One of these requests was refused because the applicant was a person of whose behaviour the Government of India had previously had cause to complain. The other three requests had all to be returned when they were first received, because the proper application forms had not been completed. It was this failure on the Portuguese side to observe the formalities of the system then in force which was responsible for the delay in the issue of these visas. When the proper application forms were received, the three visas were issued. The telegram of 2 February 1954 from the Governor-General of Portuguese India (Annex 127 to the Reply) refers to these cases.

[Public hearing of 19 October 1959, afternoon]

Professor Telles's next complaint, Mr. President and Members of the Court, consisted of a reference to Annex 136 to the Reply. At the beginning of June 1954, he said, the Governor of Daman complained that thirty-four requests had been made for visas for travel between Daman and the enclaves, but only seven had been granted. There are certain difficulties about understanding this complaint. In the first place, it is not easy to see how the figures given by Professor Telles are to be reconciled with the figures in the Annex. When one comes to the Annex itself, there is still greater difficulty, because in it no distinction is drawn between visas which were granted to European officials and permits which were granted to non-European officials. The figures given are apparently figures of visas and permits together, so, apart from any other inaccuracies of the document, it would be very difficult to identify the cases mentioned. However, I venture to give the Court some figures about both visas and permits, so that we may see whether it is indeed true that, in Professor Telles's words, “the Indian authorities continued, with or without any pretext, to refuse visas” or permits. I deal first with visas, and deal with them for the latest period before the insurrection. I take this period because, on Professor Telles's view, one would presumably expect to find in it the very worst examples of refusals and delays. The records at Surat show that from 25 February 1954 onwards, thirty-two applications were received for visas for travel between Daman and the enclaves. Of these applications, twenty-nine were granted. The longest interval in any of these cases between the date of the application and the date of the issue of the visa was twelve days, and practically all the visas were issued within two or three days of the making of the application. The

remaining three applications, two of which were made on different dates, by the same man, were rejected because the applicants were persons who previously had given the Government of India reason to complain of their conduct. These, as I say, are the facts revealed by the records at Surat.

I respectfully leave it to the Court to judge whether they reveal continual refusals to grant visas or long delays in granting them, as had been stated by Professor Telles.

Let us next, Mr. President, see what was the position as to the permits which were issued to non-European officials. The Court will remember that these permits were introduced on 10 April 1954. The records at Surat show that between then and the insurrection about 130 applications or requests for such permits were received. Fifteen were rejected, and four were returned because they were not in proper form. There are about thirty, the fate of which is not clearly stated in the records. What is clear from the records, however, is that sixty permits were granted for travel to or from the enclaves and a number of others for travel between Daman and Bombay. I said that there were about thirty applications, the disposal of which was not clearly recorded. Nearly all of these were included in two large blocks of applications made respectively on the 24th and 31st May. It is probable that these are the two occasions to which the Governor-General of Portuguese India meant to refer in Annex No. 136 of the Reply, but it is difficult to tell because he has mixed up permits and visas together. There does seem to have been some delay in dealing with these two large blocks of applications; but, apart from them, applications were made regularly every few days between April and July. The records show that many of these applications were granted within two or three days of the application, and as I have said, in all sixty were granted for travel between Daman and the enclaves. A number were actually granted on 20 July, the very day before the insurrection broke out. It is true that in some cases the applications had to be referred to a higher authority, usually because applications had been made for more than one journey at the same time, with the result that there was delay. This is hardly surprising since, as I have already submitted, one of the reasons for the introduction of the system was that control of individual cases had become necessary.

I should mention one more point in connection with these applications. In his letter of 21 May 1954 to the Government of Bombay (Annex 134 to the Reply), the Governor of Daman pointed out that the absence of the District Magistrate from Surat on official duties sometimes made it impossible to obtain visas. In paragraph 443 of the Rejoinder, we said that the Portuguese Government had not annexed to the Reply the Government of Bombay's answer to this letter. I am afraid this was a mistake, for which I apologize. As Professor Telles said, the answer in fact appears as Annex No. 138 to the Reply. However, what we did produce, as Annex F No. 98 to the Rejoinder, was a copy of the instructions sent by the Government of Bombay to the District Magistrate at Surat as the result of the Governor of Daman's letter. These instructions met the Governor's complaint by authorizing the Additional District Magistrate to issue visas or permits during the District Magistrate's absence. When Professor Telles observes, as he does, in the Verbatim Record, page 460, that no information of these instructions was given to the Portuguese authorities, it is hard to see what complaint he has

to make. The important thing was that the authority had been given to the Additional District Magistrate. Next time the Portuguese made an application in the Magistrate's absence, the Additional District Magistrate would be able to deal with it. It really did not matter, I submit, that the Portuguese had not been told of the instructions at the time. The real significance of this incident is that it shows that the Indian authorities, while certainly administering a stricter system of control than had been applied previously, were still willing to adjust it in order to meet the convenience of the Portuguese whenever this was possible; and this happened, I point out, in June 1954, the very month before the outbreak of the insurrection.

I hope I have now said enough to show that the system of regulation of travel was neither introduced as part of a plot for the expulsion of the Portuguese from the enclaves, nor operated in such a way as to cut off communications. So far from that, the Portuguese were themselves responsible for the stricter attitude of the Indian Government, because of the constantly tightening controls introduced in Goa from 1947 onwards and because of the improper behaviour of some Portuguese officials. This was what led to the stiffening of the Indian attitude. When the precise enforcement of the existing rules had begun, one or two concessions were still made to meet the convenience of the Portuguese, and permits and visas were normally and regularly granted up to the very day before the insurrection in Dadra. I respectfully submit that the Indian Government did no more than exercise that control which any properly governed State expects to exercise over the entry of foreigners into its territory.

I hope I have shown, Mr. President and Members of the Court, that till the time of the insurrection no communications were cut between Daman and the enclaves, as is alleged by Portugal. Till the very day the insurrection took place, visas and permits for travel to the enclaves continued to be normally granted by the Government of India.

However, Portugal not only accuses India of having cut communications and denied visas and permits to Portuguese officials; she goes so far as to state that the Government of India had evolved a plan to isolate the enclaves, and that this plan was part of an Indian "programme of annexation". Mr. President and Members of the Court, as I stated in my speech on the morning of 9 October, there is no question and never has been a question of annexation.

There has, however, always been the question of the independence of Goans from Portuguese colonial rule—and in that sense the question of the independence of the Indian people. It is in that sense that the Government of India has been concerned with the withdrawal of Portuguese power from India.

The insurrection in Dadra and Nagar Aveli was brought about by Goans and the people of the enclaves and it must be seen in the background of the existence of a movement of the people of Portuguese possessions for emancipation from colonial rule.

Mr. President and Members of the Court, we have already taken note of the existence of an independence movement in the Portuguese possessions even before the grant of independence to India. A person no less than Dr. Salazar has acknowledged the existence of that movement as long ago as 1930. I spoke of this in my address on 9 October.

Earlier today I spoke of the Goan movement in 1946 and also mentioned the correspondence between the Portuguese Governor-General and Mahatma Gandhi.

In 1946, as I have stated, the Portuguese Government arrested a large number of prominent Goans. The names of many of these persons and the reasons for their arrest are given in Appendix 6 to Indian Annex F No. 115 at page 724 of the Annexes to the Rejoinder (III). It will be seen there that between June 1946 and August 1947 the Portuguese Government arrested more than 100 Goans for taking part in political activities. These Goans were Hindus, Christians, and, a few of them, Muslims. They were arrested for organizing processions and meetings, for making speeches, for offering *satyagraha* or passive resistance—even for distributing leaflets. On 12 July 1946, an eminent Goan leader, Dr. Tristao Braganza Cunha, was arrested for having delivered a speech at Margao. He was tried by a military court and sentenced to eight years of deportation. In August 1947, four others were tried by a military court and were sentenced to fifteen years deportation to Africa. The charge against them was that they were members of a political group, the National Congress of Goa.

According to a report published by the National Congress of Goa, by February 1947 more than 600 arrests had taken place. According to this report, in spite of severe punishment meted out by the Portuguese authorities to the Satyagrahis both inside prison and outside, the movement continued on peaceful lines. This report is given at page 728 of the Annexes to the Rejoinder. We read there:

“Up till now nearly six hundred arrests have taken place and in spite of the worst treatment and punishments given to Satyagrahis, both inside the prison and outside, the Satyagraha is going on. The message of the struggle has reached all castes and creeds. A wave of a new and resurgent life has sprung up and spread throughout Goa, awakening its people to take its rightful place in a free and united India. Many young Satyagrahis have left their schools and colleges and a good many others have given up their jobs and occupations. Hundreds have undergone short-term imprisonments with every kind of insulting and inhuman treatment involved, and six local leaders are condemned to long terms of eight and nine years imprisonment, five of whom—Sjt. Cunha, Kakodkar, Bhembre, Hegde and Loyola—are deported to a distant and unknown island called Peniche, near Portugal. The most creditable feature of this movement is that we have been able to carry it on non-violent lines in spite of the gravest provocation on the part of the Portuguese Government and Goa's political tradition of armed peasant revolts.”

We should notice the last words, Mr. President and Members of the Court: the movement was on “non-violent lines in spite of the gravest provocation on the part of the Portuguese Government”. This was the effect of Gandhi's teaching to the Indian Freedom Movement as a whole.

Mr. President and Members of the Court, the nature of the provocation offered by the Portuguese Government can be gathered from the news report given at Annex E No. 61 at II, page 383 of the Counter-Memorial. I shall not relate the gory details of the assault by Portuguese

troops on Dr. Cunha, a certain Miss Bragança and a sixteen-year-old boy.

It needs to be emphasized that all the events related above took place before the independence of India.

The withdrawal from India of the British and later of the French gave added impetus to the desire of Goans to free themselves of colonial rule.

On 5 October 1949, Mr. President, we find the Goans addressing appeals to the United Nations. Thus on 5 October 1949, the President of the National Congress, Mr. S. B. D'Silva, addressed a memorandum to the General Assembly of the United Nations. The text of this memorandum is at Item No. 2 in Appendix 7 to the Indian Annex F No. 115, at III, page 732 of the Rejoinder. About the same time he and Dr. Telo Mascarenhas addressed open letters to Dr. Salazar. These documents reveal the true state of affairs in Portuguese India and deserve perusal. Thus, on page 732 of the Annexes to the Rejoinder we find:

"Since the end of World War II and particularly since the advent of Independence in India, the people of Goa have been demanding that they should be emancipated from the dominion of Portugal so that they may be free to rebuild their shattered economy and regain their self-respect. They have expressed the desire to join the Indian Union with which they are closely connected by history, race, culture and geography. The aspiration of the people is being repressed by the Portuguese authorities with ferocity. Goan nationalists such as Mr. Tristao Bragança Cunha, Mr. Kakodkar, Mr. Bhembre, Dr. Hegde, and Dr. Loyola are languishing in exile at the fortress of Peniche (Portugal) sent there by a Court Martial sentence although Martial Law was never proclaimed. Dr. Mayenkar, Messrs. Shirodkar, E. George and Karapukar are incarcerated in the Fortress of Aguanda (in Goa) in solitary confinement for 15 years for the offence of being office-bearers of the National Congress of Goa."

And on page 736 of the same volume we find the following appeal to Dr. Salazar:

"Your Excellency, who are profoundly religious, must have felt in the depths of your conscience that to dominate a people against their will is to offend the fundamental principle of human dignity which is a reflection of God ... The silence of the people of Goa does not mean acquiescence to the Portuguese rule but results from the actions of the Portuguese authorities in stifling the most elementary civil rights, such as freedom of thought, association and assembly."

Mr. President and Members of the Court, these two documents sum up the manner in which the Goans asked for their freedom and the manner in which their demand was met by the Portuguese authorities.

In the second document, the letter of Dr. Telo Mascarenhas to Dr. Salazar, we also find an expression of resentment against the presence of the Portuguese expeditionary forces in Goa:

"The existence of the expeditionary forces in Goa with all their war-like paraphernalia ... perturbs the spirit of the people through the atmosphere of intimidation and terror."

Mr. President and Members of the Court, as we have stated in our pleadings, the Portuguese Government brought to the Portuguese possessions European and African troops for the purpose of putting down the nationalist movement. During the years 1947 to 1953 the Portuguese armed forces in India increased fourfold.

The purpose of this increase, evidently, was not to defend the Portuguese possessions from an attack by India. India had made her intentions in the matter absolutely clear. She had stated again and again that she did not wish to solve the problem of Goa by force. India was and is committed to a policy of peace.

Moreover, it was obvious that 4,000 or 7,000 Portuguese troops would not have been able to withstand an armed attack by India had India decided upon a recourse to force.

What, then, was the purpose of this introduction of European and African troops? The purpose, Mr. President and Members of the Court, clearly was to intimidate and repress the nationalist movement. And, in fact, these troops were let loose on the people of Goa. There commenced in Goa and in Daman and in Diu a reign of terror.

Innumerable stories of atrocities committed by the Portuguese European and African troops reached India and further incensed public opinion in India. Not only were the armed forces augmented but powers were given to the military to superintend the police organization. Decrees and orders were issued towards this end in 1948, 1949 and 1953.

Several men-of-war were also brought into Goan waters. Some of these were: "*Bartolomeu Dias*", "*Pedro Nunes*", "*Faial*", "*Gonçalvez Zarco*", "*Gonçalo Velho*", "*Alfonso Albuquerque*".

On 16 October 1953, a large contingent of armed forces landed at Goa. On 22 October 1953, a further contingent of 1100 African troops and 110 European troops disembarked at Goa brought by the vessel S.S. "*Quanza*".

The obvious intention of the Portuguese Government was to put down the nationalist movement in a ruthless manner by military force. The bringing of the European and African troops in 1953 to Portuguese India was the cause of a great deal of resentment in Goa as well as in India. Goans in Goa and India voiced their resentment. Protest meetings were held and there was a general increase in the activities of the Goan Nationalists.

As the Court will recall, it was about this time that Captain Romba called the leaders of the United Front of Goans—Mascarenhas and Waman Desai—to Daman for negotiations on the future of Portuguese colonies in India, and subjected them to ill-treatment.

A few months later, in February 1954, an incident took place in Goa which initiated a new phase in the Goan Freedom Movement. This was the arrest of a well-known surgeon—a Goan—Dr. Gaitonde. On 14 February 1954, there was held in Goa a dinner party in honour of a judge on the eve of his departure for abroad. Dr. Gaitonde was one of the guests at this party. At this dinner some speeches were made. One after-dinner speaker stated that "Goa is Portugal", and repeated it, "Goa is Portugal". Dr. Gaitonde's automatic, involuntary, retort to this statement was: "I protest". This was reported to the authorities and two days later Dr. Gaitonde was arrested. He was taken to Lisbon and his trial opened there on 6 July 1954.

The arrest of Dr. Gaitonde for his having uttered the words "I protest" created an uproar. There were demonstrations in Goa. In June 1954, the Portuguese Government arrested a large number of Goans—some of them advocates, doctors and professors—and subjected an even larger number to police interrogation. The number of persons arrested by the Portuguese Government in June and July 1954 and their names are given at Item 2 of Appendix 8 to Indian Annex F No. 115, at III, page 740 of the Annexes to the Rejoinder.

The newspapers of that time were full of accounts of arrests, house searches, beatings, ill-treatment in prison and deportation. Some of these accounts from 1 July to 23 July 1954 are reproduced at pages 742 to 746 of the Annexes to the Rejoinder.

The feelings roused in India, particularly in the Goan community of Bombay, were such as to merit mention in the "Economist" of London on 1 May 1954. The correspondent of the "Economist" wrote:

"The only place where Indians actually live under a police state is Goa."

At appendix 8, part 1 to Indian Annex F No. 115, at III, page 740 of the Rejoinder, will be found a letter from the Portuguese Embassy in London to the editor of the "Economist". The utterance of Dr. Gaitonde, "I protest" was described by the Portuguese Embassy in London as:

"An infringement of the provisions of paragraph 1 of Article 171 of the Penal Code which lays down penalties for crimes against the external security of the State."

The arrest and deportation of Dr. Gaitonde created a new situation. The different Goan political parties in Bombay joined together; they combined to form an action committee under the presidentship of Dr. *Tristao Bragança Cunha*. They resolved afresh to work for the liberation of their homeland and issued a manifesto dated 2 July 1954, which is printed at Indian Annex A No. 7, at I, page 199 of the Annexes to the Counter-Memorial. This manifesto was in the form of a Declaration and was addressed to the people in Goa by their Goan brethren resident in India. It said, and I read from paragraph 4 as it is given in the newspaper "The Hindu" of 3 July 1954:

"Since you, whose interests are at stake in this matter, are denied the elementary rights of free expression, free Press, free assembly, and free organization; since your voice is suppressed, and any expression of opinion, adverse to the present Colonial regime, involves savage sentences and deportation overseas, the only real and authoritative voice of Goa is, in the existing circumstances, the voice of Goan emigrants, especially in the Indian Union, where the vast majority of them reside and work. It is their voice that must count, because it is a free voice and because, by their intimate contact with the land and the people of Goa, they can truly interpret the real wishes and aspirations of Goa."

That ends that part of the manifesto, and again in paragraph 5, it states:

"... it is true that the Portuguese Government have, for their ends and in their own interest, recently written in their Constitution that

their possessions overseas are an integral part of the country and are, therefore, inalienable. But constitutions are not of divine origin. They are man-made, and what man has made, man can unmake. At any rate Goans cannot accept a constitutional doctrine affecting their status and their future, in the making of which they had no hand nor voice."

Mr. President, and Members of the Court, reading this manifesto one recognizes in it the voice of a people who wished to be free and who wished to bring about their freedom by peaceful means. There is no mention in this manifesto of a resort to violence or even a remote reference to entry into Portuguese possessions. At I, page 201 of the Annexes to the Counter-Memorial we read:

"There is no question whatever that the present legal, administrative and educational set-up of the the country will suffer any sudden change, and likewise the present administrative services will be assured continuance. Any change—and change is bound to come—will be gradual, and with the consent of the people."

And finally, the manifesto said:

"The time of decision has come. We are at the cross-roads of historical destiny. We hold that the only wise and courageous decision for us is to free ourselves from the Portuguese rule and to unite with India. Goans must cast out all fear from their heart and claim the right to be the masters of their own destiny."

Goans prepared to offer peaceful satyagraha. In fact peaceful satyagraha was offered in Goa on 14/15 August. Goan volunteers offering satyagraha were cruelly treated; the Portuguese police and armed forces beat them up without mercy.

I have anticipated events. I was led to refer to the 15 August satyagraha offered by Goans in order to show that the avowed and public aim of Goans was to win their freedom by non-violent means.

In Dadra, however, Mr. President and Members of the Court, events took a different turn. On 21 and 22 July, 1954, two leaders of the United Front of Goans—Francis Mascarenhas and Waman Desai—the very gentlemen who had been invited to Daman by Captain Romba for consultations on the future of the Portuguese possessions in India, entered Dadra. There was, as I shall soon show, already a movement for independence in Dadra and Nagar Aveli, and on that very day prior to the entry of these gentlemen into Dadra there appeared to have been demonstrations in Dadra. The people of Dadra had turned out in large numbers and were assembled outside the police building when the Goan leaders arrived there. The demonstration, which was entirely peaceful in its intentions, turned into a riot when the Portuguese police officer, Rosario, opened machine-gun fire on the demonstrators. In this riot several received injuries and Rosario and another Portuguese police officer, who had opened fire with a rifle, were both fatally wounded. This was the only incident of violence which took place in the enclaves—the only incident of violence in the movement there, which rapidly spread and grew into a general insurrection.

There are, Mr. President and Members of the Court, documents which show the existence of an independence movement in Dadra and Nagar Aveli long before 1954.

These are Portuguese documents of 1947, 1949, 1950, 1952, 1953 and 1954.

The Report of the Administration of Nagar Aveli which we find at Indian Annex F No. 117, between pages 781 and 935 of the Annexes to the Rejoinder (III), contains appendices some of which are seen to be reports of the Portuguese police of Nagar Aveli.

Appendix XII (which is printed at p. 844) is a Portuguese police document from Silvassa, Nagar Aveli, and is dated 12 December 1947. It speaks of a political meeting at the residence of a prominent citizen of Silvassa—one Vanmali Guela. The document contains instructions for the arrest of the members of that meeting. It reads:

“I am informing you accordingly so that you may be able to take the necessary steps to enter by surprise in the meeting and to seize all the papers and documents, and also to arrest both the outside and the local elements present, and detain them until all the necessary information has been elicited from them.”

That, Mr. President and Members of the Court, is as far back as 1947.

Another document at the same page 565 is dated 15 December of the same year. It speaks of a political meeting at the house of Narana Gapatrau in the village of Ameli in Nagar Aveli. Here too the instructions are the same: surprise the meeting, seize the papers, arrest and detain till all information has been elicited.

There are similar documents of 1949, 1950, 1952 and 1953 which speak of searches, and arrests of “enemies of Portuguese sovereignty”, and this in the enclaves.

May we, Mr. President and Members of the Court, see who was considered to be an enemy of Portuguese sovereignty? There is found appended to this report a circular of the Portuguese police dated 11 February 1947, at page 839 of the Annexes to the Rejoinder. It makes very interesting reading:

“It has become evident that the propagation of subversive ideas is now done through the medium of the theatre, specially by those who tour the country, enacting plays whose scripts are full of ideas that are revolutionary and of a vexatious nature to the Portuguese sovereignty.”

A further passage again:

“This personnel should immediately stop the performance, if there is an alteration in the programme or if during the course of any song or speeches and other parts of the performance it is found that these are of a vexatious nature to the Portuguese sovereignty.”

The nationalist sentiment, Mr. President and Members of the Court, was being spread among the people of Dadra and Nagar Aveli by musical and theatrical performances and an actor in a theatrical play or the singer of a song came to be treated as an enemy of Portuguese sovereignty!

We may next look at the Portuguese police circular of 22 February 1950. I read at page 835 of the Annexes to the Rejoinder:

“...this Command wishes that at the slightest sign of an attempt at disobedience of the laws, the police should act with firmness—even

with violence, if necessary. Carrying out, without delay the necessary arrests to bring about a prompt and secure restraint.

This Command also wishes that all the incidents of a political nature should be gone into at its source, that is taking all necessary measures to find out those responsible, [and, this is emphasized] even though the indications may show that they are not very important."

Again we find the same injunction in the document at Appendix VIII to the Report—at page 840:

"...this Command desires that at the slightest attempt at disobedience of the laws the Police should act, with firmness or even violence. There should be no hesitation in making use of arms".

Mr. President and Members of the Court, it is abundantly clear that there existed a movement for liberation in Dadra and Nagar Aveli which attained to considerable dimensions and that the policy of the Portuguese Government was to punish the slightest breach of the law with violence and force of arms.

The Portuguese Government knew that it was dealing with peaceful agitation—with people who had no intention to resort to violence. The Portuguese Government knew it was dealing with Satyagrahis.

Thus we find a Portuguese police circular dated 11 July 1952 at page 841 of the Annexes to the Rejoinder:

"From the information received by this command, it is evident that members of the 'United Front of Goans' are making arrangements to shortly offer 'Satyagraha' in the State of India (Goa) against the Portuguese sovereignty. All the Sub-Commands [and that indicates, Mr. President and Members of the Court, the enclaves] are advised to be vigilant, carrying out instructions that have already been given on this matter."

Mr. President and Members of the Court, we have seen what instructions have been given on this matter, These instructions were to use violence—to use arms without hesitation—even against Satyagrahis.

As I shall show when I come to the events in Dadra, the Portuguese police officers did no more than carry out these orders.

Let us note the date of this document. It is a document of 1952. Let us also note the name of the Goan political group mentioned in this document. It is no other than the United Front of Goans—the same group which was invited by Captain Romba to Daman for political discussions and was then arrested and subjected to ill-treatment.

It was this group which took part in the demonstrations in Dadra.

The Portuguese documents themselves would seem to show, Mr. President, that there was moreover an indigenous movement in Dadra and Nagar Aveli—and that this movement existed since at least 1930.

We may take note of the Goan lawyer and teacher, Carlos da Cruz, a freedom fighter and patriot who died only last year. He was appointed a school teacher in Silvassa in 1930 and remained there till his last days. There, in Silvassa, he founded in the year 1932 a nationalist paper "*The Sandalcalo*". He wrote a great deal also in the well-known Goan Journal "*Anglo-Lusitano*". He was persecuted by the Portuguese police but he never gave up his nationalist activities.

At Appendix XI to its Report (III, p. 842, Rejoinder, Annexes) the administration of Nagar Aveli has published an extract from the confidential notes of the Portuguese Police Chief of Nagar Aveli, Falcao—one of the two European officials of Nagar Aveli who fled Silvassa on 1 August 1954. Falcao gives a long list of well-known citizens of Dadra and Nagar Aveli who were frequent visitors to the house of this patriot, Carlos da Cruz. Speaking of one such visitor, Bocar Goja, Falcao writes, I quote:

“He goes constantly to the house of Carlos da Cruz. On 13 November 1946, when he came out from the house of Carlos da Cruz he addressed three Warlis and said to them: ‘Soon we will have our Swaraj too, then the Tolia (Portuguese stooges) will have to run away’. These words were heard by Babu Punia from Silvassa, Jagan Revio and Diala Ravio (Kathias of the villages of Patalado of Silvassa).”

That passage appears at page 843 of the Annexes to the Rejoinder.

The word “Swaraj”, Mr. President and Members of the Court, means “independence”, “self-rule”. The idea of freedom from Portuguese domination had thus begun to stir the backward Warli tribes as well.

Mr. President and Members of the Court, in his speech on 2 October, Professor Bourquin suggested that the people of Dadra and Nagar Aveli were backward and uneducated and incapable of entertaining ideas of freedom or independence or Swaraj. Well, here is evidence from Portuguese documents that these ideas were causing a ferment amongst them. The Portuguese authorities did their best to suppress their ideas, but they did not succeed. As I shall presently show, in 1954 the Portuguese authorities knew of the existence of an insurrectionary movement in Dadra and Nagar Aveli and made preparations to deal with it.

Before I do that may I recall one fact?

Dadra and Nagar Aveli, as numerous documents show and as has been admitted, have always been open enclaves. In so far as the movement of persons (as of goods) is concerned, there have been no frontiers between Dadra and Nagar Aveli and the surrounding Indian districts of Gujrat and Maharashtra. The people of Dadra and Nagar Aveli speak Gujrati and Marathi, move about freely in Indian territory and have close contacts there.

Since 1947, they have seen their neighbours participating in the great adventure of building a new, free, more prosperous and happier India. If they—the people of Dadra and Nagar Aveli—entertained ideas of Swaraj in 1946, one year before the independence of India, what is there strange in their having wanted in 1954 to wrest freedom from Portuguese rule?

Mr. President and Members of the Court, there are documents of 12 June 1954 and 9 July 1954 which tell us that the Portuguese authorities knew of the popular ferment and made preparations for dealing with it. This is clear from the fact of their having increased their police personnel in Dadra and Nagar Aveli in 1954 sixfold.

The document at Appendix XX to the Report of the administration of Nagar Aveli (at III, p. 850 of the Annexes to the Rejoinder) shows us that the normal police personnel of Dadra and Nagar Aveli was 58 and that it was increased from 58 to 339—an increase by 281. This is a document signed by Captain Romba and is dated 12 June 1954.

In the preceding Appendix—Appendix XIX (p. 849 of the Annexes to the Rejoinder)—is an order issued by Falcao, the Police Chief of Nagar Aveli, in which we find the following instructions to the Sub-Chief of Dadra:

“...observe the greatest secrecy about the increase of the personnel...”

Again:

“All the instructions should be given in the interior of the post, and as discreetly as possible, in order to avoid that both the people of Dadra and the Indian authorities on the border have no knowledge of the functioning of a school for these new recruits.”

The reference is to recruits brought in to Dadra and Nagar Aveli from Goa without obtaining the permission of the Government of India—without the knowledge of the Government of India.

The increase from 58 to 339 in the police personnel of Dadra and Nagar Aveli was made by obtaining the needed personnel direct from Goa. I shall refer to this again.

[Public hearing of 20 October 1959, morning]

Mr. President and Members of the Court, towards the close of the session yesterday I told you how the police personnel in Dadra and Nagar Aveli had been increased. We might ask why police personnel in that region was being increased from 58 to 339? The answer, in my submission is clear: this was done in order to meet and put down the popular movement.

What instruction was being given in secret to this personnel? Instruction in the use of arms—against the people of Dadra.

Mr. President and Members of the Court, is it conceivable that the people in the small village of Dadra should not have come to know of this increase in the police personnel and the purpose of that increase?

Such information would undoubtedly have a disturbing and perhaps an inflaming effect on the minds of the local population.

The insurrection in Dadra took place on 21 July 1954, ten or twelve days after the date of the document I have just mentioned.

Undoubtedly, the immediate causes of the insurrection were: the arrest and trial of Dr. Gaitonde, the mass arrests of Goan nationalists by the Portuguese authorities and reports of repression, and finally the provocation caused by this increase in Portuguese police personnel in Dadra and Nagar Aveli—an increase which was supposed to have been kept secret from the people—but which obviously could not remain a secret.

From the reports which reached India, it appears that in the evening of 21 July there was a demonstration in front of the police station by the people of Dadra village. This demonstration was later joined by a party of Goans, led by Francis Mascarenhas and Waman Desai which had crossed the border into Dadra. There was an interchange of words between the demonstrators and the Portuguese police chief—one Aniceto Rosario—the same person who, as I have just shown, had received instructions to organize and train the military guards. Rosario, true to the instructions of the command to use arms at the

slightest attempt at disobedience of laws, suddenly went inside the police building, brought out a sten gun and with it began to fire on the demonstrators.

The Portuguese Government does not deny this fact, namely, that the Portuguese police opened sten gun fire before there was any violence from the crowd.

The opening of the fire provoked a hitherto peaceful crowd. A *mêlée* developed and this resulted in the death of Rosario. Another Portuguese police constable—Fernandez—who had opened fire with a rifle was also wounded. No other Portuguese police officer opened fire and none other received injuries. Several inhabitants of Dadra were injured by the sten gun fire opened by Rosario.

That is the story of the events of 21 July as it emerges from the various accounts that are available—including those relied upon by the Portuguese Government.

I shall refer first to Appendix 2 to Annex 1 to the Portuguese Observations. The first item in that Appendix is a report dated 22 July in *The Hindustan Standard* of 23 July:

“The first chunk of Portuguese territory in India was liberated today when a group of 35 volunteers of the United Front of Goans rallying local support entered the village of Dadra in the isolated Portuguese enclave of Nagar Aveli in Daman.

The liberation volunteers met with resistance from a group of Daman (Portuguese) police stationed in the village, who, it is alleged, opened fire.

In the skirmish that followed, three volunteers and three policemen including a sub-inspector were injured. It was later reported that the police official succumbed to his injuries.”

Again, we find in the same report:

“The Portuguese police opened fire on the volunteers without warning, but, however, the local population came to their aid and the police were overpowered.”

The account of the same event given in the Goan paper *The Free Goa* given at Indian Annex E No. 63, reads thus:

“... the police post opened fire with guns and a machine gun. The nationalists with no such arms to put up a resistance, with no hopes left everything to fate. All of a sudden the machine gun was silent. It was clear that it was out of order. Then, the most daring of the nationalists, in spite of a bullet wound in his arm, advanced from the back of the police post and with the first weapon he could get hold of dealt a mortal blow on Aniceto Rosario who was trying to put the machine gun in working order.”

Mr. President and Members of the Court, thus it was that the demonstration by the people of Dadra turned violent and resulted in the death of Rosario. But it has to be remembered that Rosario had in his hands a sten gun, that he had used it on the demonstrators, and that he had every intention of using it again.

In the insurrection, Mr. President, which took place in Nagar Aveli, not one Portuguese police officer suffered a casualty. Deaths occurred only in Dadra—and these were the result of a peacefully inclined

demonstration turning violent as a result of provocation furnished by sudden machine gun fire. As I have already stated, the Portuguese police officer who was talking to the demonstrators appears suddenly to have gone inside the police station and come out with a sten gun; simultaneously a police constable Fernandez opened rifle fire. There were 30 other police personnel in Dadra—none of them received any injury.

The insurrection spread to Naroli on 28 July, and soon every village in Nagar Aveli was astir with a cry for freedom.

In Nagar Aveli the Portuguese police either went over to the insurgents or abandoned their posts.

The Portuguese Administrator of Nagar Aveli, Captain Fidalgo, accompanied by the Police Chief, Falcao, and a party of about 150 policemen, forest guards and other persons left Silvassa, the capital of Nagar Aveli on 1 August. This was much before the insurgents from Naroli and Pimpria reached Silvassa. Thus the Portuguese, the European officials, made no opposition, abandoned their posts and disappeared into the jungle.

One of the reasons for the native guards deserting the Portuguese Administrator's party appears to have been the cowardly conduct of the two Portuguese European officials. At Annex F No. 115, Appendix 8, at III, page 751 of the Annexes to the Rejoinder, will be found a translation of an appeal signed by the 49 Goan guards who had deserted the Portuguese Administrator. These Goan guards complained of having been deceived by Fidalgo, Falcao and the Sub-Chief Pegado. We read in that document:

“... we were much astonished when we came to know that these three ‘heroes’ responded to the appeal of the Azad Gomantak Dal and got in a safe area, leaving us alone. Only then we surrendered our arms as we were ashamed of the ignominious act of the white chiefs. Later on we came to know that they had run away in the direction of Khanvel. *In Khanvel itself the same story was repeated and the hunger and sufferings to which these officers are not accustomed compelled them to decide to surrender secretly to the Indian police.*”

Why did the Portuguese police suffer in Nagar Aveli from hunger?

The fact is, Mr. President and Members of the Court, that they had no friends in Nagar Aveli. No one would give them food and drink.

The Portuguese Administrator and his party of about 150 persons crossed over into Indian territory at Udva and sought asylum.

May I with your permission quote from the full news item which appeared in *The Hindu* of 13 August 1954 (Indian Annex F No. 105, at III, p. 670 of the Annexes to the Rejoinder); the news item comes from Vapi, dated 11 August, it reads:

“Three Portuguese officers who fled Silvassa, Administrative capital of Nagar Aveli, which was recently liberated by the nationalist volunteers, crossed over to the Indian territory at Udva, 30 miles from Vapi, at 7 p.m. today for asylum and protection.

The Portuguese officers were accompanied by over 100 Portuguese Indian policemen who also came over with their arms.

The Portuguese officers were: Capt. Virgilio Fernandez Fidalgo, Chief Administrator of Nagar Aveli, Capt. Manuel Pegado, Chief Police Officer, and Sub-Lieut. Falcao.

Capt. Fidalgo, as soon as he reached Vapi, spoke by trunk-telephone to his wife who is in Bombay and enquired about her welfare. He said he was grateful to the Indian police for their 'very nice, gentlemanly treatment and noble-heartedness' shown to them.

Capt. Fidalgo, who hails from Beira Alca in North Portugal, has spent about 20 years in India. He was at different Portuguese Indian colonies and has been Administrator of Nagar Aveli for the last 5 years.

Sixty-four years old Capt. Fidalgo told the PTI that he and his men left Silvassa at 8 p.m. on 1 August, under instructions from the Government of Daman.

He said that he had reports that the Portuguese Government were negotiating with the Indian Government and he crossed over to Indian territory to find out the exact nature of these negotiations.

The Indian police who took him into protective custody told them that they were free citizens and would be allowed to proceed to Bombay where they could decide their future plan."

The Court must have noted that Captain Fidalgo told the PTI—the Press Trust of India, a news agency which works in collaboration with Reuters—that he had left Silvassa at 8 p.m. on 1 August under instructions from the Government of Daman.

Are we not entitled to know, Mr. President, from the Portuguese Government, what these instructions were? Were Captain Fidalgo's instructions to put up a fight and resist the insurgents, or were they to abandon the capital before the insurgents reached there?

I do not wish to repeat the entire account which has been given by the Government of India in paragraphs 217 to 237 of the Counter-Memorial, and paragraphs 449 to 502 of the Rejoinder. But I shall repeat, with your permission, the summary of the facts given at paragraph 488 of the Rejoinder:

- (1) The insurrection in Dadra was spontaneous and sudden and was the result of Portuguese repression of a movement for freedom from foreign rule.
- (2) Goans and local inhabitants of Dadra and Nagar Aveli, all Portuguese subjects, rose against Portuguese authority and set up a government of their own.
- (3) Indian authorities gave no help or assistance of any kind to the insurgents.
- (4) Indian nationals did not take part in the insurrection in Dadra and Nagar Aveli.
- (5) Goans who went into Dadra and Nagar Aveli were small in number and carried no arms or ammunition.
- (6) At that time, both under Portuguese and Indian laws, movement of native Portuguese subjects between Indian territory and Portuguese possessions was free and unregulated.

- (7) The demonstration in Dadra was originally peaceful and non-violent. It took a violent turn when provocation was furnished by the Portuguese police which opened machine gun fire on unarmed persons.
- (8) No casualties were suffered by the Portuguese police in Nagar Aveli. The Portuguese police force withdrew from Silvassa, the administrative capital, and voluntarily entered Indian territory after being denied food and drink by the local population for several days. When they entered Indian territory they were shown every courtesy and kindness by local Indian officials.
- (9) The insurrection was immediately successful and the people of Dadra and Nagar Aveli set up their own government, independent and effective in every way.
- (10) The people of Dadra and Nagar Aveli and the Administration set up by them have since then been firmly determined not to submit to re-subjugation by Portugal.
- (11) The people of Dadra and Nagar Aveli and their Administration addressed several requests to the Government of India for the merger of Dadra and Nagar Aveli in Indian territory. Towards these requests the Government of India has maintained till now an attitude of reserve."

Mr. President and Members of the Court, in our Rejoinder we have given a detailed refutation of the allegations made by the Portuguese Government against the Government of India in connection with the insurrection. Some of these allegations have however been repeated here by Counsel for Portugal. I shall now deal as briefly as I can with these allegations.

On 29 September and subsequently, Professor Telles has repeatedly charged that India had cut communications between Daman and Nagar Aveli. The words "cutting of communications" have in fact been used in the Portuguese Application, Memorial and the Reply. Thus, in paragraph 12 of the Portuguese Application, we find the statement:

"On the 21st of the said month of July 1954, the Government of India severed all communications between Damao (littoral Damao) and the enclaves of Dadra and Nagar Aveli and from each of these enclaves to the other, totally cutting the enclaves off from the outside world, preventing the Governor of Damao himself from having access to them..."

The Government of India has shown in the pleadings, particularly at paragraphs 458 to 463 of the Rejoinder, that communications between Daman and the enclaves were not interrupted. It has been shown in the pleadings that the Governor of Daman did in fact proceed to Dadra and Nagar Aveli on 21 July 1954.

I have dealt with the question of the grant of visas to Portuguese European officials and I demonstrated then that visas continued to be granted in a normal manner till after the insurrection had taken place in the enclaves.

In order to see this accusation in its correct light, it is necessary to see the form in which it was at first brought. In paragraph 30 of the Portuguese Memorial we were told that the Government of India had instituted measures:

“which culminated in the total prohibition by the Government of India of transportation and all other communications between Damao, Dadra and Nagar Aveli”.

Thus the permit requirement was described in the Portuguese pleadings as a “prohibition”. A further sentence in the Memorial reads:

“Originally confined to European officials, this prohibition was subsequently extended to Goan officials”.

Mr. President and Members of the Court, it is now clear that there was no such prohibition. In the exercise of its rights, the Government of India required Portuguese officials to comply with the law relating to passport and visa, and insisted on considering each case on its merits. The Government of India was entitled to do so and insisted on its rights after its laws in this respect had been grossly violated by certain Portuguese European officials.

However, quite apart from contradictions in the Portuguese claim, the fact remains that the Government of India continued to grant transit visas to Portuguese officials in the normal course after examining each case on its merits. I have already demonstrated this in the first part of my address on the post-independence period.

In this connection, it is useful to take notice of one fact, namely, that the number of Portuguese European officials normally required to be present in Nagar Aveli did not exceed three—the Administrator Fidalgo, the Police Commandant Falcao, and the Agronomist, Passos.

It may be noticed that in Daman also the number of Portuguese European officials (other than troops) was not more than four or five.

At the time of the insurrection, Passos was in Goa awaiting orders of the Portuguese Government. The other two Portuguese Europeans were in fact present in Nagar Aveli.

We have seen that on 11 August they came into Indian territory with a party of 150 policemen and other persons.

This is incontrovertible proof of the fact that the passport and visa requirement had not prevented their presence in the enclaves at the time of the insurrection.

As regards non-European officials, as is proved by the documents which I mentioned earlier, the Portuguese authorities had increased their police personnel in Dadra and Nagar Aveli from 58 to 339. It is obvious that nothing had stood in the way of the Portuguese Government in augmenting its forces in Dadra and Nagar Aveli.

In this connection, with the Court's permission, I should like to read paragraph 462 of the Rejoinder:

“The Portuguese Government has produced no evidence, nor does there exist any evidence, that since the permit system was instituted in April 1954, it ever addressed a request to the Government of India for permission for transit from Daman to Dadra and Nagar Aveli of its armed forces or police for the purpose of augmenting the strength of its armed forces or police in these enclaves. Having made no such request, the Portuguese Government can have no justification now for alleging in the first place that India ‘cut communications’ and in the second place that India had caused a ‘breakdown in communications’, and thus ‘facilitated aggression’ and ‘prevented Portugal from defending herself’.”

There are two facts, Mr. President, to be taken note of: firstly, before the insurrection in the enclaves Portugal did not ask for passage of armed forces and other personnel for the defence of Dadra and Nagar Aveli; and secondly, before the insurrection took place not only did adequate armed personnel exist in the enclaves, but its number had been increased sixfold. The same position obtained in regard to arms and ammunition. The documents in the file show that a large number of arms and ammunition were in stock in Dadra and Nagar Aveli. I refer to Appendix XXII to the Report of the Administration of Nagar Aveli, at III, page 753 of the Annexes to the Rejoinder, and I should also like to refer to the fact that when the Portuguese Administrator Fidalgo came out with his party and sought asylum in Indian territory he brought with him a large quantity of arms and ammunition.

If arms and ammunition were available in Dadra and Nagar Aveli at the time of the insurrection and if the Portuguese Government had already augmented its strength in Dadra and Nagar Aveli, how can it be said that the Government of India cut communications, isolated the enclaves, and rendered them incapable of defending themselves against the insurrection?

It is in the light of these facts that we must assess the statement made by Professor Telles on 30 September. I quote from the English translation of page 474 of the Verbatim Record of that day:

“The means of defence at our disposal, alike at Dadra and Nagar Aveli, were infinitesimal. We only had some reduced police forces and an insignificant quantity of arms.”

We have, Mr. President, I submit, demonstrated that this statement is without foundation.

Mr. President, on 30 September Professor Telles repeated the charge which had been made in the Portuguese Reply and which has been refuted in the Indian pleadings, particularly in paragraphs 449 to 502 of the Rejoinder. He said that the Government of India had on the one hand helped the insurgents and had, on the other hand, prevented Portugal from defending herself, and he referred to the Portuguese allegation that the Government of India had concentrated its forces along Portuguese frontiers.

Mr. President and Members of the Court, the Government of India has refuted this charge and in this connection I refer to paragraph 464 of the Rejoinder.

These allegations of the Portuguese Government have no basis in the evidence on record. They are merely a propaganda against India. However, out of respect for the Court and in order to vindicate its honour the Government of India placed on the file a certificate from the army authorities, together with a summary account of the disposition of the Indian armed forces in Western India in July and August 1954. The purpose of this certificate was to show, and I quote from paragraph 465 of the Rejoinder:

“(1) In July and August 1954 there was no Indian military station within 92 miles of Daman, Dadra and Nagar Aveli.

(2) In July and August 1954 no troop movements took place either towards or in the region of Daman, Dadra and Nagar Aveli.

(3) In July and August 1954 Maratha battalions were nowhere near the areas in question, the nearest Maratha battalion being at

Pathankot which is about 950 miles away from Daman, Dadra and Nagar Aveli."

Documents which were placed on the file were based on secret records of the Indian army.

On 29 September, Professor Telles stated (at p. 469 of the Verbatim Record) that that document produced by the Government of India was of a date later than the Reply and that therefore the value of the information from that, compared with information given by the Governor of Goa, which was contemporaneous, was of little value. He repeated the statement on 30 September. I read from the English translation of page 473 of the Verbatim Record of that day:

"The document [he says] submitted by our opponents on this point is completely without value, since it is subsequent to the filing of our Application and indeed to our Reply and since, furthermore, certain movements of troops, such as those reported in the information of the Portuguese authorities, may have escaped official recording."

Mr. President and Members of the Court, the documents which are produced at Indian Annex F No. 100 are solemn documents of the Government of India. They are based on contemporary records of the Indian army. They cannot therefore be brushed aside as documents "subsequent to the filing of the Application" nor can their authenticity be challenged. They are official certificates of the Indian army. In order to remove any possible doubt as regards this matter, I state on behalf of my Government that the actual original *contemporary records of the Indian army* on which the certificates are based are produced here by Brigadier Singh, Military Attaché to the Indian Embassy in Paris and are available in this Chamber of Justice. These are secret documents of the Government of India and contain information regarding the disposition and organization of the Indian armed forces. I am not at liberty to produce them and offer them for inspection by our opponents and later publication by the Court, but if there remains the least doubt in the mind of the Court on this point, my Government is willing that an expert be appointed by the Court to inspect them and make a report to the Court on them.

We have also refuted in our pleadings, in particular at paragraph 469 of the Rejoinder, the Portuguese allegation that India instigated the insurrection or gave aid to the insurgents. These charges are totally unwarranted and have no basis of any kind in fact. As I have shown, the insurrection in Dadra was spontaneous and was the result of provocation furnished by Portuguese authorities.

However, it does appear, particularly from the documents appended to the Report of the administration, at Annex F No. 117, that the Portuguese Government had suspected the existence of an insurrectionary movement in Dadra and Nagar Aveli. It was this suspicion which led the Portuguese Government to take steps to augment its forces. Evidently the secret service of the Portuguese Government had obtained some information. Yet they never informed India of the existence of the popular ferment in Nagar Aveli and of their apprehensions. They did not at that time ask India for her co-operation in upholding and sustaining their sovereignty over the enclaves.

Mr. President, and Members of the Court, Portugal alleges that India prevented Portugal from defending herself. Clearly that allegation only

means that we did not grant Portugal permission to take armed forces to Dadra *after* the insurrection had taken place there.

Before the insurrection had broken out either in Dadra or in Nagar Aveli, never did Portugal address a request to the Government of India for passage of armed forces for the defence of their enclaves. There is nothing on record to show that at any time this kind of passage was asked for. Visas were applied for and were granted and these visas related to Portuguese European officials. At the time of the insurrection the Portuguese European officials were there in Nagar Aveli. As regards the non-European officials, permits were asked for and were granted. Over and above passage under permit, the Portuguese Government sent native police from Goa to Nagar Aveli in fairly large numbers without applying for and obtaining the permission of the Government of India. When Captain Fidalgo came out from Nagar Aveli it was found that many members of this police party had gone to Nagar Aveli from Goa without the permits which were obligatory under Indian law. The Portuguese Government was asked for an explanation. The Legation of Portugal answered on 16 November 1954, and its note is given at Indian Annex C No. 87, the Legation said:

“Although among the candidates who presented themselves to be recruited some were from Goa and Daman, these persons were not officials when they crossed Indian territory; they only became officials after being recruited in Nagar Aveli by the police authorities there.”

Thus the Portuguese Legation admitted that people had been taken from Goa or Daman to Nagar Aveli and had been added to the police force there.

Mr. President and Members of the Court, if thirty-two persons could be taken from Goa or Daman to Nagar Aveli to increase the police force there, what was there to prevent the Portuguese authorities from taking a much larger number and organizing themselves against the insurrection which they feared and which they were preparing to meet?

We find from a document annexed to the Portuguese Reply—Annex 110 to the Reply—an indication that it was in 1953 that the Portuguese Government had started sending police forces and other officials from Goa or Daman to Nagar Aveli without obtaining the permission of the Government of India and without even informing the Government of India. This document is to the effect that passage over the Vapi-Silvassa road was not essential to the organization of the police in Nagar Aveli. I have already referred to the documents showing the secret and furtive recruitment in Dadra and Nagar Aveli of police personnel brought from Goa.

Another fact, Mr. President, and Members of the Court, which I would bring to your attention is that on 24 July 1954, when Portugal for the first time asked for passage of armed forces from Daman to Dadra in order to put down the insurrection in Dadra, she did not ask for passage of armed forces to Nagar Aveli. Nor did she ask for passage of armed forces to Nagar Aveli when she sent a further note on 26 July.

The insurrection in Dadra took place, as the Court knows, on 21 July—the people declared their independence and set up their Administration. Portugal asked for passage of armed forces not on 21 or 22 or 23 July, *but*, for the first time, on 24 July.

She asked for passage of armed forces only after the insurrection had taken place in Dadra.

On 23 July the Portuguese Legation sent a note to the Government of India in which they made the charges and allegations which are being repeated by the Portuguese Government till this day—charges and allegations totally unfounded and having no basis in fact. Yet, in that note, there is not a whisper, no hint of any kind of a request for passage of Portuguese armed forces. It was on 24 July, after Dadra had liberated itself from Portuguese rule, that Portugal demanded, for the first time, passage for its armed forces over Indian territory. I quote from the note at Annex 50 to the Portuguese Memorial. The demand is described as:

“... demand from the Government of the Indian Union, the grant of the necessary transit facilities to the Portuguese armed forces and authorities staying at Daman to enable them to go to Dadra for the purpose of re-establishing the order...”.

This demand, made three days after the success of the insurrection in Dadra, was for the purpose, obviously, of re-establishing Portuguese sovereignty, not for the purpose of defending it in the first instance.

Mr. President, again on 26 July the Portuguese Government asked for permission for passage of “delegates” to Nagar Aveli and we were asked to guarantee the safe return of these delegates. I quote from the last paragraph of the note at Annex No. 51 to the Portuguese Memorial. Portugal demanded for them “measures of protection necessary to reach Nagar Aveli and return to Damao without being molested”.

There was no request in that note for passage of Portuguese armed forces from Daman to Nagar Aveli for the purpose of defending Portuguese sovereignty there.

If, on 26 July, Portugal suspected that an insurrection was going to take place in Nagar Aveli, and if she thought, as she now alleges, that Portuguese personnel in Nagar Aveli was not sufficient to deal with the insurrection there, why did she not then request permission for passage for armed forces?

The conclusion, I submit, is inevitable, and such an inference clearly arises from the language of the Portuguese Legation notes, that the Portuguese Government was interested only in waging a war of propaganda against the Government of India. Portugal, though she had fears of an insurrection and had prepared for it by the drafting of additional police, never wished to take armed forces to Dadra and Nagar Aveli. Nor did she really wish to put up a fight against the insurrection. Her officers abandoned Nagar Aveli and put up no resistance—as I showed yesterday—under the instructions of Portugal. Portugal appears to have realized that she could no longer hold the people of Dadra and Nagar Aveli who had risen against her. Having virtually abandoned these enclaves she made a show of wishing to send armed forces to subjugate them. She knew that she was asking for something which India would never agree to. In the circumstances which existed India could not consent to the passage through her territory of Portuguese armed forces for the purpose of crushing a movement for independence from colonial rule.

The circumstances, and the state of public opinion in India arising from Portuguese acts of repression, were well known and required no

explaining. A large number of refugees were pouring into India from Goa and Daman. The war-like measures taken by the Portuguese Government at that time, the introduction of large numbers of Portuguese European and African troops had created a panic among the people of Daman and Goa. We need refer only to the reports in the *Times of India* of 26 July and 5 August, the *Bombay Chronicle* of 9 and 10 August, and the *Amrita Bazar Patrika* of 27 July, and 7, 8 and 11 August 1954—given at III, pages 754 to 761 of the Annexes to the Rejoinder. These reports speak of a concentration of 10,000 troops in Goa. With your permission, I shall read a short report at page 761 of the same volume, that is, from *The Times of India*, 26 July 1954, headed "Daman People in Panic". It is a despatch dated 25 July from Vapi:

"More than 400 men, women and children reached here today from Daman in the exodus which started after the Governor of the second biggest Portuguese possession in India had issued a conscription order.

About 200 persons arrived here yesterday from Daman, where curfew is in force from 9 p.m. till dawn.

Social service organizations in Vapi have opened a relief centre to provide help to the people leaving Daman till they find rail or road transport facilities to reach their destination.

The Governor's conscription order came as a 'bolt from the blue', said one of the fleeing men.

The panic created by the order had made about 25 per cent of the 20,000 population leave the town, he said."

That was the situation, particularly in the territory between Daman and Nagar Aveli.

It is obvious that no responsible government would in the circumstances permit the use of its territory by foreign armed forces whose *sole and declared* object would be to crush the nationalist movement.

These circumstances were well known to the Portuguese. Yet, as my learned colleague Professor Waldock will show, the Government of India patiently explained these matters to the Portuguese Government and declared its inability to concede the Portuguese demand.

The circumstances have greatly altered since. The possibility of the passage of Portuguese armed forces over Indian territory is now unthinkable. Since the liberation of the enclaves the situation in the Portuguese territories has further deteriorated and there is in consequence a greater and deeper resentment among the Goans and the rest of the Indian population.

In August 1954 Goans offered satyagraha in Goa. They were beaten up by Portuguese troops without mercy. Military tribunals sentenced Goans leaders to long prison sentences—a Goan leader, Antony D'Souza, was sentenced to 28 years imprisonment.

A list of 254 Goans and more who were arrested, imprisoned and tortured in the years 1954 and 1955 will be found at pages 486 to 494 of the second volume of the Rejoinder. A list of some 30 Goans who were shot or tortured to death by Portuguese troops, between 1955 and 1957, is given at page 495 of the Rejoinder. In August 1955, in the satyagraha which took place in Goa, Portuguese soldiers killed 30 peaceful Satyagrahis, some of them women. Three American journalists, one of them

a correspondent of the UPA—the United Press of America—brought out the dead bodies of some of these Satyagrahis.

All this is well known in India. How could, then, the Government of India allow the territory of India to be used for the passage of these ruthless and cruel soldiers, so that they may be able to practise the same cruelty against people who are the kith and kin of the Indian people?

This brings me, Mr. President and Members of the Court, to the proclamation by the people of Dadra and Nagar Aveli of their independence and the setting up by them of a *de facto* local administration.

The Government of India has dealt with these matters in paragraphs 229 to 237 of the Counter-Memorial and paragraphs 498 to 501 of the Rejoinder. There are annexed to our pleadings two reports of the administration of free Dadra and Nagar Aveli. One is at Indian Annex E No. 64, in the form of a publication by a Goan organization, and the other is reproduced at Indian Annex F No. 117. The administration of free Dadra and Nagar Aveli has much achievement to its credit.

For the first time a democratic regime obtains in Dadra and Nagar Aveli. The structure of the new administration is explained in the Report at **III**, page 802 of the Annexes to the Rejoinder. The people of Dadra and Nagar Aveli express their will through assemblies known as the Varishtha Panchayats and the village Panchayats. The executive function is exercised by the Administrative Council consisting of the administrator and eight heads of departments. The civil and criminal tribunals and a Council of Appeal constitute the judiciary.

Under a free system of government, these people have bettered their lot; they have introduced land reforms and improved health services. There are more than 50 schools in the place of only five schools under Portuguese rule.

For a long time these people have requested the Government of India to incorporate the territories of Dadra and Nagar Aveli in larger India. This sentiment has been expressed on a great number of occasions. Some of the resolutions of the people and administration of Dadra and Nagar Aveli expressing this sentiment and demand have been annexed to the pleadings. I refer to Indian Annex E No. 65 at **II**, page 391 of the Annexes to the Counter-Memorial, and Indian Annex F No. 117 at **III**, page 930 of the Annexes to the Rejoinder.

After the institutions of these proceedings the people of Dadra and Nagar Aveli have held several protest meetings and demonstrations and declared their firm opposition to the reimposition of Portuguese colonial rule. The Government of India has received several such resolutions and petitions. Even during these proceedings the Indian Delegation has been receiving such resolutions and petitions. At the time of oral hearings on the Preliminary Objections also a letter was received by me from the President of the Varishtha Panchayat. This letter and its enclosures were annexed to the Counter-Memorial at Indian Annex E No. 68.

Mr. President and Members of the Court, I am afraid I have detained you long over the events of the independence period. My justification for doing so is that Portugal has thought fit, basing itself on these events, to make serious charges against the Indian Government, which on examination are found to be entirely groundless. I trust that by the detailed examination of these events made by me I have succeeded in establishing that these charges are entirely without foundation.

I shall now summarize our conclusions on the independence period. As regards transit between Daman and the enclaves, there was, until the insurrection, no departure from the practice of the British period. No right of passage was during this period admitted by India, nor did Portugal claim any. Goods and persons continued to go to and fro, and on more than one point the Indian Government made concessions for the convenience of the Portuguese; but it was always Indian interests which were decisive. If these interests were threatened, the Indian Government felt themselves free to deal with the matter as they chose.

As regards the allegation of Indian responsibility for the insurrection, the facts show that at no time did India directly or indirectly entertain designs for the isolation of the enclaves and the cutting off of their communications with them. In the face of provocation both from the Portuguese Government in Goa and from Portuguese officials over a number of years, the Indian Government did no more than enforce regulations which had already existed for a long time. Our learned opponents admit that these regulations contained nothing contrary to their so-called right. What they allege is that the regulations were used in such a way as ultimately to violate their right of passage. We have seen that, far from this, permits for travel between Daman and the enclaves were granted regularly under the regulations and continued to be granted right up to the very day before the insurrection broke out. The only persons whom the regulations were used to exclude from Indian territory were those of whose behaviour the Indian Government had cause to complain.

We have seen how the upsurge of nationalism and the desire for freedom grew from strength to strength in Goa and in the enclaves themselves as in the surrounding and adjoining Indian territories. The desperate attempt of the Portuguese authorities to repress it only increased its vigour, and the measures which they took strengthened the popular desire for liberation from Portuguese domination. At last in the enclaves these feelings found expression in the insurrection of July 1954, an outburst which started among the people of the enclaves and was assisted by Goan nationalists from outside. The Government of India had no knowledge of the insurrection nor did it in any manner assist it or co-operate with it.

The independence period, like the periods which preceded it, bears no trace of either the creation or the recognition of any right of passage in Portugal. What really marks off this period from the earlier ones is the fact that the enclaves, influenced by the rapid and growing developments in the rest of India, at last rose and threw off the yoke of Portugal. The real complaint of Portugal is that India refused to help in the frustration of this popular will and in the resubjugation of territories which had achieved their own freedom. Mr. President and Members of the Court, of such an accusation India would truly be proud.

Mr. President and Members of the Court, it remains now to thank you for the patient and courteous hearing you have accorded me. I request you, Mr. President, to call upon my colleague, Professor Waldock.

17. ORAL ARGUMENT OF PROFESSOR C. H. M. WALDOCK

(COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)

AT THE PUBLIC HEARINGS OF 20-21 OCTOBER 1959

[*Public hearing of 20 October 1959, morning*]

Mr. President and Members of the Court.

The Attorney-General, in his account of the post-British period, has given you a picture of the situation obtaining on the Indian continent at the time when India achieved her independence and in the years which followed. He has explained how the Goan peoples shared in the Indian movement for independence and the impact made upon them by the termination of the British rule in India and the emergence of the Indian Union. He has explained the reactions of the Portuguese to these events and their resistance to the aspirations of the Goan peoples. He has in that way put in their correct perspective the circumstances leading up to the insurrection itself. It is now for me to discuss Portuguese arguments concerning India's so-called responsibility to Portugal with respect to the insurrection and, then, to present our further observations in support of our contention that any rights of passage possessed by Portugal were not in 1954 and are not now exercisable in the circumstances of the insurrection. This means, in effect, that it is now for me to reply to the arguments addressed to you by Professor Bourquin at the hearings on 2, 3 and 5 October.

I begin then, Mr. President, with the question of India's so-called responsibility. Here, as Professor Rolin pointed out in his speech on 9 October, the conclusions submitted by Portugal at the end of the oral hearings have cleared the ground by removing all doubt as to whether Portugal was seeking to introduce into the case India's alleged responsibility as a new substantive, independent claim. We now know that that point is out of the way and quite dead. I therefore can safely proceed on the basis that the relevance and the only relevance of the so-called responsibility question is its possible effect upon the Indian arguments that any rights of passage possessed by Portugal were not, and are not now, exercisable in the circumstances of the insurrection.

My distinguished opponent certainly impressed upon us how seriously he regards the circumstances and effects of the insurrection as an obstacle to the success of the Portuguese claim. For he devoted all his considerable skill and nearly three sessions to trying to get rid of India's arguments. India, as the Court knows, has put forward several distinct grounds for saying that Portugal's alleged rights were not and are not exercisable in the circumstances of the insurrection. Professor Bourquin has tried to destroy them all at one blow by saying, in effect, that it was not a genuine insurrection but an intervention by external elements with the complicity of the Indian Government, and that India, in opposing the passage of Portuguese armed forces, police and officials, cannot therefore now rely in any way upon the occurrence of the insurrection. Well now, that being so, I will take up this question first, which Professor Bourquin seemed himself to pose

very broadly in this way: "Was the insurrection but one step in an Indian programme for the annexation of all the Portuguese Colonies in India or was it a genuine rising against the Portuguese Government?" We are entirely ready—and indeed we are anxious—to meet him upon that ground.

On the strength of India's proclaimed policy of seeking the incorporation of the Portuguese Colonies in the Indian Union, her diplomatic *démarches* to achieve that end and alleged measures of retorsion when she appeared to have received from Portugal a firm refusal, and on the strength of the flimsiest rumours about Indian activities retailed by a few Portuguese officials, you are asked to believe that what took place was not a rising against Portugal but an external *coup*. That, in outline, is the case against us. You have heard the Attorney-General's explanations of what was actually in the mind of the Indian Government and what actually happened. I am sure that those explanations will commend themselves to you as fully consistent with what you can observe of India's intentions and conduct in the evidence which has been placed before you. I also believe that the comments which I propose to make upon the Portuguese contentions will confirm to you the accuracy of the Attorney-General's explanations.

Let us first, Mr. President, consider what were the probabilities and the realities of the situation. True, the Indian Government and the Indian people desired with all their heart to see the Indian people of the Portuguese territories join the Indian Union. True, it was the proclaimed policy of the Indian Government to seek the fulfilment of that aspiration. But by what means? Our opponents have not denied—they simply ignore—the fact that both before and after the insurrection the Government of India had repeatedly stated that the means must be non-violent—the non-violence taught and practised by Gandhi. Did the British, Mr. President, did the French yield to force or did they yield to the insistent aspirations of the Indian peoples?

Were these tiny jungle enclaves so particularly desirable as territory, Mr. President, that to obtain immediate possession of them the Indian Government would abandon its principles and destroy whatever chance might remain of negotiating an agreement with Portugal concerning the much larger and more populated coastal territory? Obviously not.

Was the Government of the day in danger of losing power internally—a not unknown explanation of sudden external *coups*? Nothing of the kind.

Mr. President and Members of the Court, did India accept the invitation of the peoples of the enclaves to absorb the territories into the Union? You know she did not. Yet there was not then any question of Portugal bringing a case to the Court; nor had Portugal shown the slightest inclination to interest the United Nations in the question. How many States would have shown the restraint that India showed?

The Government of India denies in front of you that it played any part in the insurrection. Looking simply at the general probabilities—I will look at the actual events a little later—is there any reason to doubt this denial?

Now, Mr. President, let us look at another element in the situation, the peoples of the enclaves. In his speech at the afternoon session of 2 October, page 549 of the French Verbatim Record, we heard Professor Bourquin making ironical observations about the possibility of the

backward and poor tribes like the Varlis, Kolis and Adivassi having any interest in participating in the "*grandeur historique de l'unification géopolitique de l'Inde*". I hardly believe, Mr. President, that that was the authentic voice of Professor Bourquin that we heard—so little awareness did he show of the great ferment there is amongst the peoples of Africa and Asia to-day. Are none of the tribes of Africa who so insistently seek their independence poor? Are none of them backward? Whether on the other hand it was the authentic voice of Portugal that we heard in Professor Bourquin's ironical comments, I leave the Court to judge.

But, Mr. President, let us cut through the irony and go to Portugal's own documents to see what was the actual situation among the tribes of the enclaves. The Attorney-General mentioned these documents in his opening speech. There are two of them — Annexes 80 and 95 to the Reply. I am not asking the Court to refer to those Annexes which are of no particular interest. But under a beneficent rule of evidence the full texts of the reports, from which they were extracted, were deposited in the Registry and I propose to read to the Court a few brief passages from them. The translation from the Portuguese is, of course, our own but it can, no doubt, be checked by our opponents.

Annex 80 is taken from a financial report from the Portuguese Indian Government, dated 1860. On page 2 there occurs the following about Nagar Aveli:

"If the Revenue Board approves, as I hope, the place which I have submitted to it for the administration of the villages of that Province, it is to be presumed that the Public Exchequer will profit a great deal, and that, at least, the wretched inhabitants of the Pargana, who are rather to be regarded as slaves than free men, will get some relief. I assure Your Excellency that in my Report I do not even mention all the sufferings which undergo there the Portuguese subjects, who only bear this designation because the country which they inhabit belongs to Portugal."

On pages 31 and 32 of the report, it explains that the sufferings of the peasants were caused by the violences and abuses of those who held the land as tenants of the Portuguese, and were not kept under control by the local Portuguese authorities. On page 33 it further states that these abuses have existed for a very long time past.

Annex 95 is taken from a report by the Governor of Daman, dated 1931, which shows, quite clearly, that the lot of these unfortunate peasants had not materially changed by that date. I will read you one or two quite desperate passages from page 38 of the Governor's report:

"At the first hour of our visit to this district, we had a rush of complaints: old injustices which demanded remedy; a continued abandonment of this district which cried out for salvation; ravages committed by Man and repudiated by Nature which demanded attention. Our efforts naturally centred round Nagar Aveli, and learning of the causes of this disaster we immediately reported them: ten days after I had taken up my post I gave you my first cry of alarm, six months later I sent you two reports in which I pointed out the evils and demanded urgent remedies."

Then a little further on in the Report:

“This unfortunate province has seen during the last 148 years an illicit exploitation of the people, unmeasured ambitions and dishonest egotisms.”

And then a little later:

“When I arrived at Paco d’Arcos (that is the old name for Silvassa) in March 1930, we could not go to the interior without resorting to very primitive means of transport ... the interior was unknown, and it was not visited by the authorities. The inhabitants did not receive any protection or encouragement.”

That, Mr. President, was 1931. And do not the Governor’s own words in that year and the clear evidence which they contain that his demands for remedies were not being heeded provide the most convincing evidence that the reports of the liberators and the *de facto* administration about conditions in the enclaves were substantially correct? Does not that passage in the Governor’s report in 1931 throw a new and a clear white light on the eagerness of the population to welcome the liberators, on the genuineness of their declarations of joy at achieving their freedom, on the strength of their resolutions to oppose to the end the reimposition of Portuguese rule. I feel convinced that Professor Bourquin can never have set his eyes on the Governor’s report. Else how could he say that it would be completely naive to put any value on these manifestations by the local people.

[Public hearing of 20 October 1959, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, you will recall that I was discussing this morning a report from the Governor of Daman dated 1931. I must ask leave to detain you a little longer with that report. For it proves that even in 1931 there were important dissident elements in Nagar Aveli. The Governor had only recently taken up his post, in March 1930, and in the foreword to his report he wrote:

“And while I am struggling to find a solution to these problems [problems he had referred to earlier] on the other side of our frontier, in Guzerati, the leader of the Indian Nationalist Movement, who came out from the Ashram of Sabarmati on the morning of 12 March with his 79 companions, is marching southwards. [That, Mr. President, was no less than Gandhi.] The entire Indian world is convulsing and the past social equilibrium is falling into pieces.

This district enclaved in the province of Guzerati is witnessing this enormous movement with an almost absolute calm, due to the sympathy of this people towards the Portuguese flag.”

Well, now, our opponents cannot, I think, get much consolation from that last sentence. For what follows shows that it was little more than the polite tribute to the national *amour propre* expected of a Portuguese official. At any rate, after reciting that he had been making speeches in Daman, Paco d’Arcas and Naroli, the Governor went on:

“The movement spreads outside our frontiers and reaches to such a proportion that could hardly have been foreseen. Some of its effects are felt inside our territory. To strangle the incipient manifestations is our preoccupation.”

He then went on to write of his efforts to deal with clandestine propaganda, and he went on:

“We are alone and the thrilling movement that spreads in the neighbouring territory has had some repercussions in our territory. They are of very small extent compared with the amplitude of the movement in British India.”

Now I come to the specific mention of the dissident elements in Nagar Aveli:

“Knowing what is happening around our frontier, we can conclude that some incident may take place not in Daman but in Nagar Aveli with some probabilities of success to the Swarajists—the freedom fighters that is. We have data from which we can conclude that the focus of the movement will be Naroли—which is, of course, the second largest village of Nagar Aveli.”

The Governor goes on:

“At the end of August we received a secret communication from ‘private elements’ that at the frontier of Naroли, a few metres away from our territory, an open public meeting of nationalist propaganda had taken place and one of the speakers had been a Portuguese citizen from the Mori family.”

And the Mori family, Mr. President, is one of the most influential families of Nagar Aveli.

There is one further passage that I want to cite and it is from page 22 of the Governor’s report:

“We do not think [he there wrote] that it would be wise to have in the police service here people born in this district. These people ought to be substituted by Marathas of Goa or by people from Diu, etc., but always by people born in a different district.”

Is not that revealing, Mr. President, as to just how little the Governor of Daman in 1931 trusted the people of his district not to rise against Portuguese rule?

Mr. President, we may be sure that the Governor did not exaggerate and if there was unrest in the enclaves in 1931, before British India became independent, it is inconceivable that the people of the enclaves were quieted by seeing their kinsmen all around them win their independence. We know from Dr. Salazar that the lifting of British rule only stimulated the existing unrest. Unfortunately, Mr. President, that is the only recent report from a Governor of Daman that we have been privileged to see.

We can, however, from other sources, be even more specific as to the existence of unrest in the enclaves in the post-British period. In Annex F No. 115 to our Rejoinder we have filed, as you know, translations of a number of Portuguese police documents found by the insurgents among the archives of the late Portuguese administration. They are contained

in Appendices V to XVI—Roman numerals—of the Annex and they will be found on pages 832 to 847 of volume III. The Attorney-General has already been through those documents with you, this morning. They contain the clearest evidence of Portuguese awareness of unrest in the enclaves and of the possibility of trouble there.

I should like to remind you again only of one document, Appendix XI, which is that biographical note on Da Cruz. It shows that this man had for a long time been working against the Portuguese in the enclaves and it ends with a list of nearly twenty other Goan nationalists who were accustomed to visit his house in 1954.

In the face of all this evidence from Portuguese sources—the Governor of Daman's reports and the archives of the Nagar Aveli District Commissioner—I do not understand how our opponents can bring themselves to tell you that there was no combustible material among the people of the enclaves to be set alight by the entry of the Goan liberators on 21 July 1954. If, Mr. President, you turn from the Portuguese archives and look at the account of the liberation given by Jayant Desai—which is in Appendix XXI of the same Annex on page 851—you will see that, according to him, some at least of the initiative came from inside the enclaves. Unfortunately, Mr. President, the English is rather broken English and it would severely test the Court's translators if I were to read the original. So, perhaps, I may be permitted to summarize it.

The writer states that he invited some good and great personalities of Nagar Aveli to discuss his plan to free the enclave and that a musical entertainment was used as cover for the meeting. Some came from Silvassa and many from Dadra. They were told the plan. Some were steadfast, some helped from outside; some were more nervous and talked of putting the demand to the Portuguese. The writer did not like that idea. So he arranged his plan by letter, met a friend at Vapi and ultimately decided to bring in a bold man from outside disguised as his watchman. The conspirators then told their plan to the United Front of Goans who already had the same idea and asked the conspirators to co-operate. United Front Goans joined them at Dadra late on the night of the 21st but circumstances were not propitious and it was on the night of the 22nd that they achieved the independence of Dadra by firing and thereby causing fear in Portuguese police. Bearing in mind not only this statement by a man who claims to be one of the ring-leaders of the conspiracy in Nagar Aveli but also the documents from Portuguese sources, you may think, Mr. President, that there is really no reason to doubt that the insurrection was planned within the enclaves as well as outside.

Mr. President, so far I have had a word to say about two of the main elements in the situation—the Government of India and the people of the enclaves. Now I want to examine the third element, that is, the Goans from outside, whose entry started the insurrection. You have heard from the Attorney-General, and you have read in our written pleadings of the different Goan communities in India and of the Goan movements for independence. I can therefore confine myself to the points which have an immediate bearing upon the insurrection.

Our opponents repeat *ad nauseam* that the insurrection was not started by the peoples within the enclaves but by Goans who resided in Bombay. They were not in fact the only people who started the insurrection, as I have already shown you. But in any case, how many Goans reside in the State of Bombay? Nearly 90,000, the great majority of

whom are not Indian nationals, and they have close links with relations in Goa or in the other Portuguese territories. And the reverse is also true: many Goans in the Portuguese territories have relations in Bombay. And, Mr. President, you may see a very pertinent example of this in Indian Annex F No. 108, at III, page 675 of our Annexes to the Rejoinder. The document is the Bombay police report of August 1954, giving the names and addresses of all the Portuguese officials who left Dadra and Nagar Aveli at the time of the insurrection and took refuge in Indian territory. No less than 151 names are listed, virtually all of them Goans. And where were these Dadra and Nagar Aveli officials lodged? Was it in detention camps? No, Mr. President, in almost all cases they were staying with their own relations or Goan friends in Bombay.

May that perhaps be one of the reasons why the insurgents met with so little resistance from the officials and police in Dadra and Nagar Aveli? What heart would these Goans have for striking down their compatriots from Bombay?

A second reason, you may be sure, was that many of these Goan officials and police have not been left untouched by that gale from India which, as Dr. Salazar concedes, stirred up the people of Goa and brought a threat of moral crisis.

The Goan freedom movement, as you have learned, was already widespread in 1930 when it had made quite a substantial impact even in Nagar Aveli. Inevitably, when the independence of British India grew imminent in 1946, the Goans intensified their efforts to win their freedom. The Court knows what followed. Very large numbers of Goans were arrested and in 1947—the year of Indian independence—several thousand additional African and European troops were brought into the Portuguese territories. The movement necessarily became more discreet. Even so, between 1948 and July 1954 many prominent Goans—doctors, lawyers, school teachers—were arrested, while many others were driven to leave Portuguese jurisdiction and find refuge in India, for the most part, of course, in Bombay. As to those arrested, many were detained for long periods without trial; many appear to have received beatings and a good number of the leaders were sentenced to deportation and to long terms of imprisonment.

I do not want to enlarge here upon that sorry tale. The figures speak eloquently enough both of the strength of the freedom movement and of the ferocity with which it was repressed. Portugal does not deny that severe measures of repression were taken. She declines to discuss them. They are, she says, a matter which only concerns herself; a matter exclusively within the domestic jurisdiction of Portugal. For her, the freedom movement is treason against Portugal. For her, the repressive measures are merely a normal exercise of Portugal's internal sovereignty. Other colonial powers, Mr. President, have had to face the same problem of the challenge to constitutional authority by colonial peoples striving for independence. That the problem is not to be solved by trying to repress the people's will to be free is a lesson that it has taken time for the world to learn. No one, least of all an Englishman, is likely to underestimate the moral problem which the Goan freedom movement presents to Portugal, but the lesson of history is clear. The repression of a people's will to be free by the exercise of superior force of constituted authority is no solution whatever.

Mr. President, we are compelled to refer to the repressive measures taken against the Goans because they played a critical part in inflaming Goan opinion and in stirring up some of the Goan refugees in Bombay to try to free the enclaves in July 1954.

The Attorney-General has already spoken of these things. I am not going to dwell upon the sufferings which Portugal's repressive measures have entailed for many individuals in the Goan freedom movement. Nor am I going to dwell upon the methods of applying the criminal law to persons who ventured to lift their voices against the central Government, however little, though there was a revealing report about that by the International Commission of Jurists in 1957. I am only concerned to establish the reality of the Goan will to be free and the severity of its repression by Portugal. For that I need only ask you to be so good as to glance quickly through some of the documents from pages 724 to 774 of the Annex (III), which fully confirm both these points.

In February 1954 there was, as you know, the arrest of Dr. Gaitonde. It provoked protest meetings throughout India and was the subject of caustic comment abroad. In March the Government of India addressed a Note to the Portuguese Government warning them of the serious repercussions which such measures were likely to have in India. And what followed, Mr. President? On 18 June, only about a month before the insurrection, 40 leading Goans were arrested by the Portuguese and many others were interrogated and had their houses searched. That was in Goa itself. Now, when a State has to arrest some of its best doctors, lawyers, educationalists, are we really to believe that it has a secure hold on the affections of the people? My distinguished friend on the other side tried to pass off these arrests, and the many other similar arrests, by asking: what country has no refractory elements among its citizens? "It happens", he said, "in the best families." But mass arrests, Mr. President, of doctors, lawyers, professors, school-teachers, of all who think and lead—is that what is needed to deal with a handful of "refractory element"? Long terms of imprisonment and deportations—are they what are thought necessary in the best families for "refractory elements" who say "I protest" at private dinner parties? No, Mr. President and Members of the Court, you who have seen and lived through the events of the last 30 years will not be deceived.

Those mass arrests in Goa a month before the insurrection are, I submit, most eloquent evidence of the unrest then prevailing in Portuguese India. But consider the effect, Mr. President, on other Goans in the Portuguese territories and in India itself, when all those highly-respected citizens were dragged away and put in gaol. Within the territories they could not protest, except at great peril to themselves, and many, fearing for their own liberty, escaped into India. In India, where the Goans could express their intense emotion at these developments, there were many protests and protest meetings. On 2 July all the different Goan parties in Bombay joined together to issue the manifesto of 2 July, on which my distinguished opponent seeks to place such a sinister interpretation. I will expose the extravagance of his interpretation of the manifesto a little later. The Attorney General has pointed out what the manifesto of 2 July really was. It was a protest against Portugal's refusal to give any heed to Goan aspiration, a recognition that Portuguese repression had muzzled the Goans under Portuguese rule, a declaration

by the Goans outside of their solidarity with their suppressed brethren, a repudiation of Portuguese claims, a re-affirmation of the individuality of the Goan peoples and their will to join the Indian Union, a declaration of determination to press on with the struggle to free Goans from Portugal. The manifesto, in short, was an answer to Portuguese attempts to silence the expression of Goan aspiration, and it was the mass arrests of 18 June which provoked all the Goan parties to sink their differences and join together in issuing the manifesto.

The President of one of those Goan parties, the Court knows, was Francis Mascarenhas and the Secretary, Waman Desai. In the previous August, Captain Romba had tricked these men into meeting him in Goa on the pretext of wishing to confer with them about the political aspects of the Goan problem. It was these men who entered Dadra and Nagar Aveli in the circumstances which the Attorney General has described to you.

Now, Mr. President and Members of the Court, you are asked to say that what took place was not an insurrection but annexation by India, that the liberation was effected by Goans coming from outside and the local peoples were for the most part too poor and backward to be interested in union with India. Well now, is that reasonable in the light of the facts I have put before you? Who started this train of events which led to the Goans entering the enclaves? India who gave refuge to Goans fleeing from Portuguese oppression? Or Portugal, who alienated and inflamed Goan opinion? Portugal has never alleged that India herself despatched the Goans to the enclaves. Is not the obvious explanation of the initiative of the Goan liberators that they had been aroused by Portuguese action against themselves and their compatriots in Goa? And when the local peoples joined with the liberators, is not the obvious explanation that 150 years of neglect and privation had left them more than ready to see the end of Portuguese rule? True, the Goans and the local tribes may not have had precisely the same motives for wanting to see the backs of the Portuguese. But that certainly does not prevent us from speaking of a general uprising, a general insurrection against the Portuguese. Nor is it reasonable to say, as our opponents do, that it was not a general insurrection because it started after the entry of Goans from outside. The Goans from outside and the Goan people within each had their different grievances against the Portuguese and the result was certainly a general insurrection against the Portuguese, and a general displacement of Portuguese authority in the enclaves.

That there was a general uprising is fully confirmed by what we know of the facts of the insurrection. The Attorney-General has dealt with them, and I shall not do so again. As you might expect in an uprising of that kind, you get different versions of the incident from different people. But the general picture is clear. The United Front Goans entered Dadra during the night in conspiracy with elements of the local people. There was a demonstration. The Portuguese police opened fire; there was a *mêlée*; the policeman in charge of the gun was knocked on the head; the other police gave up and the people took over. The people of Dadra prepared for the liberation of Nagar Aveli where the news of the coming liberators spread like wild-fire. Every village was aroused and the Portuguese police preferred to avoid the trouble, and disappeared into the jungle.

The Court will not, I submit, have any hesitation in concluding that all this adds up to a general uprising of the peoples of the enclaves—a general insurrection.

Our opponents, Mr. President, try to get rid of the troublesome fact of the insurrection in another way—by fixing India with responsibility for it. And in the course of the case they have put this argument in two ways. First, they said in effect that even if there was a general insurrection, India took an active part in facilitating and supporting it, and is for that reason absolutely debarred from relying upon the insurrection in the present proceedings. No doubt, if Portugal had really proved her allegations about military training of Goans, digging of trenches, employment of Indian troops, etc., the consequence might well be that we could not invoke the occurrence of the insurrection as a reason for not permitting Portugal to exercise her alleged rights of passage. But we have shown these allegations to be founded on nothing but rumours and speculative reports of Portuguese officials and to be in complete contradiction with the actual facts.

The charges which Portugal here makes against India are really charges of aggression against Portuguese territory. Indeed, the word was used in the written pleadings. Clearly a State which makes such charges in a Court is under a duty to support them with the strongest possible evidence. Portugal has not done so. She says that she cannot be expected to produce better evidence because the alleged acts occurred in Indian territory. It seems rather strange, Mr. President, that if Portugal really believed at the time that these things had happened, she did not refer the matter to the United Nations. True, she was not then a Member, but everyone knows that you do not have to be a Member of the United Nations to be able to refer a dispute of that kind to the Security Council or the General Assembly. It may be suspected that she had two cogent reasons for not doing so. She knew very well that her so-called evidence was altogether too flimsy to support the charges and that the United Nations might become much too inquisitive about the wishes not merely of the peoples of the enclaves, but of Goa, Daman and Diu for union with India.

Yet, Mr. President, Portugal has dared to come to the Court and say in one breath that the true facts are not discoverable today, five years after the event, and in the next breath to say on the basis of mere rumour and hearsay that India did those acts. This really will not do, and I think Professor Bourquin knows that it will not do. For he has hastened to say that, as the Portuguese allegations were disputed by India, he preferred to rest his case on the ground of India's alleged lack of due diligence. We are entitled, Mr. President, to ask the Court to take special note of the fact that Portugal no longer maintains these baseless charges in her conclusions.

I now pass, Mr. President, to Portugal's allegation that India has responsibility with respect to the insurrection because of a lack of due diligence. This argument was developed by Professor Bourquin in his speech on 2 October—Verbatim Record, English translation, page 537—“Nobody” he said, “will deny that, if the Indian Government had known of the danger threatening Portugal, its duty was to take necessary precautions to avert that danger.” Despite my distinguished opponent's confident language I am going to suggest that his statement of the legal

position is both tendentious and puts the obligation of the territorial State much higher than is generally accepted.

The statement is tendentious because the words "had known of the danger threatening Portugal" may mean very different things. Does he mean: had known of a danger that the Goans might resort to some form of unspecified action in disregard of Portuguese authority in India, or a danger that they might undertake satyagraha in one or other of the territories, or specifically in the enclaves, or a danger that they might undertake an armed invasion of one or other of the territories, or a danger of invasion specifically relating to the enclaves? Which of these dangers does his statement refer to? He appears to mean it to refer to each and every one of them. For after referring to the publicity given to the Goan manifesto of 2 July, he went on:

"The Indian Government may not have been warned of any precise plan to invade the enclaves, but it was warned that anti-Portuguese elements in Bombay, eager to eject Portugal from its territories, were tired of waiting and had resolved to take action. What did the Indian Government do as the result of this warning? Did it take precautionary measures to prevent an armed attack? In law this is indisputably what it should have done."

If that really is the implication in our distinguished opponent's statement of the legal position, I submit unhesitatingly that it is much too large a statement and puts the obligations of the State in a form which goes beyond what is generally accepted. Professor Bourquin supported his statement by two dicta from international decisions. The first, from the *Alabama Award*, reads as follows:

"The due diligence ought to be exercised by neutral governments in exact proportions to the risks to which either of the belligerents may be exposed from a failure to fulfil the obligations of neutrality on their part."

Our opponents claim that this dictum lays down that the degree of diligence varies with the circumstances, notably according to the risks to which the foreign State is exposed by the unlawful activities directed against it.

What our opponents fail to mention is that although the 'due diligence' principle proclaimed by the two litigating States in the Washington Agreement has met with general acceptance, this is not the case with the interpretation put upon the principle by the tribunal in the dictum on which they rely. The comment of Oppenheim on page 757 of his second volume is very clear:

"According to that interpretation, the due diligence of a neutral must be in proportion to the risks to which either belligerent may be exposed from failure to fulfil the obligations of neutrality on his part. Had this interpretation been generally accepted, the most oppressive obligations would have become incumbent upon neutrals. But no such general acceptance has taken place. The fact is that due diligence in international law can have no other meaning than it has in municipal law. It means such diligence as can reasonably be expected when all the circumstances and conditions of the case are taken into consideration".

Our opponents would make the risks to the foreign State the principal test of due diligence without taking sufficient account of the circumstances of the territorial sovereign. Oppenheim supplies the necessary corrective.

The other dictum is from the *Corfu Channel Case* :

“... every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States”.

Professor Bourquin would, I think, agree that in this dictum the Court intended simply to restate in general terms the basis of a State's responsibility for acts infringing the rights of other States. Before the actual scope of the territorial State's obligation can be appreciated, it is, however, necessary to examine a little more closely two elements in the principle stated by the Court: the acts alleged to be contrary to the rights of the other State and the knowledge which will fix the territorial State with responsibility.

The *Corfu Channel Case* concerned mines in an international channel of navigation and set to explode on contact. The existence of such mines in that part of Albania's territorial waters was beyond any question an act contrary to the rights of other States and, in particular, of the United Kingdom, the plaintiff in the case. Here, however, the act on Indian territory alleged to be contrary to the rights of Portugal is of a very different and a much more indefinite kind. Our opponents are asking the Court to assume that, because a handful of Goans entered the enclaves from India and an insurrection ensued, acts contrary to the international rights of Portugal must have taken place previously on Indian territory. In other words, the Goans are to be treated like the laying of mines. But, Mr. President, explosive mines are one thing and disaffected individuals are a very different thing. In time of piece a State may not tolerate at all the laying of explosive mines in an international channel of navigation and, if aware of such an act, must take immediate preventive measures to save other States from injury. But that is by no means the position in regard to individuals disaffected and agitating against the government of another State. If it were the position, it might have been very difficult to keep even the tiniest flame of freedom alight in some parts of the world. Oppenheim puts the position very firmly:

“The duty of a State to prevent the commission within its territory of acts injurious to foreign States does not imply an obligation to suppress all such conduct on the part of private persons as inimical to or critical of the regime or policy of a foreign State. Thus, there is no duty to suppress revolutionary propaganda on the part of private persons directed against a foreign government. So long as international law provides no remedy against abuses of governmental power, international society cannot be regarded as an institution for the mutual insurance of established governments. On the other hand, States are under a duty to prevent and suppress such subversive activity against foreign governments as assumes the form of armed hostile expeditions or attempts to commit common crimes against life.”

In other words, it would not be enough for Portugal to show that disaffected speeches were being made and subversive activity carried

on by Goans on Indian territory. It would be necessary for her to show that this activity was assuming the form of an armed hostile expedition against Portuguese territory or at least preparations for that.

I will now turn to the moral element in the principle stated in the *Corfu Channel Case*—that is the question of knowledge—the Court expressly rejected the contention of the United Kingdom that knowledge must be presumed from the occurrence of the acts at a place within Albanian territory. Thus on page 18 of the Judgment the Court said:

“It is clear that knowledge of the mine-laying cannot be imputed to the Albanian Government by reason merely of the fact that a minefield discovered in Albanian territorial waters caused the explosions...”

And on the same page it said:

“... it cannot be concluded from the mere fact of the control exercised by a State over its territory and waters that the State necessarily knew, or should have known,... the authors. This fact, by itself and apart from other circumstances, neither involves *prima facie* responsibility nor shifts the burden of proof.”

These passages, as some commentators on the Judgment have pointed out, show plainly that the Court did not accept the theory of liability without fault. There must be knowledge of the illegal acts and then a failure to use due diligence in taking steps to prevent those acts from injuring the other State.

Professor Bourquin, however, very properly calls attention to the fact that in the *Corfu Channel Case* the Court accepted circumstantial evidence as sufficient proof of Albania's knowledge of the laying of the mines. It is very true that the Court there held that, by reason of the exclusive control of the State over the territory where the acts occurred, the claimant may not easily be able to furnish direct evidence and should be allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence. But it is necessary at the same time to recall that the Court also underlined that proof of Albania's knowledge could only be drawn from inferences of fact, if they left no room for reasonable doubt.

I shall now leave, Mr. President, Portugal's legal arguments and pass to her representation of the facts. It will not be disputed, she says, that the Government of India knew of the existence and activity of the Goan groups of the freedom movement. We certainly knew of their existence and in a general way we certainly knew of their activity. But the Government of India had no liaison or link with the Goan parties, which were indeed both numerous and of differing political views. The Government, therefore, was only aware of their external activities and what were these external activities of the Goan parties, Mr. President, of which the Government had knowledge? In view of the enormous significance which our opponents attribute to the manifesto of 2 July 1954, it seems to me important to look a little more closely at Goan activity both before and after that date. Only in that way shall we be able to see clearly the kind of impression made by that document on the Government at that time.

Within India herself Goan activity between 1947 and July 1954 had taken the form of public meetings and demonstrations and a considerable output of books, pamphlets and manifestos advocating

the end of Portuguese rule and merger with the Indian Union. Within Portuguese territory, it is true, the Goans had also from time to time had recourse to satyagraha—that is, to non-violent displays of passive resistance to Portuguese authority. But, so far as the Government of India is aware, the Goans had not undertaken satyagraha from India into Portuguese territory on any occasion before 2 July 1954, and did not give any indication of their intention to embark on this form of demonstration until after their entry into Dadra on 21 July. Still less was there any indication either before 2 July, or subsequently, that individual Goans might have recourse to acts of violence against Portugal. Furthermore, it was a doctrine of the Goans, as it was of the Indian Government, that the objective of uniting Goa with the Indian Union would be sought by non-violent means.

It is in the light of these considerations, Mr. President, that the Indian Government's reaction—or rather lack of reaction—to the famous manifesto of 2 July has to be appreciated. I have already explained how the mass arrests of 18 June brought all the Goan parties together to issue the manifesto. But our opponents insist that it amounted to a warning to the Indian Government that the Goans of India were about to change their policies and resort to direct and forcible action against the Portuguese authorities. The text of the manifesto printed in Indian Annex A No. 7 contains fifteen paragraphs, thirteen of which contain absolutely nothing in which even our opponents could find the slightest trace of an intention on the part of the Goans to resort to action. What do our opponents rely on? They rely on a few words picked out of the first paragraph, "the dangers of almost fatalistic inaction", and on the last paragraph. Let me therefore, look briefly at these passages in the context of the whole document.

The first paragraph reads:

"We, Goans residing in the Indian Union, deeply concerned with the present and future political status of our Motherland, conscious too of the dangers of a policy of mere drift and almost fatalistic inaction at a time which calls for clear thinking and wise and courageous decisions, would place before you facts and considerations which might help you in arriving at such a decision."

And what were these "facts and considerations" put before the Goan peoples in the main body of the manifesto? Were they inflammatory details of Portuguese oppression and evil deeds? Not at all. Simply a brief and quite moderately-phrased reference to Portuguese suppression of freedom in Goa, a reasoned argument for the end of Portuguese rule and for union with India, subject to proper safeguards for maintaining the individuality of the Goan people. I find it *impossible* to understand how our opponents can ask the Court to see in all this a clarion call to arms—a declaration that the Goans would now take the law into their own hands.

But our opponents point triumphantly to the last paragraph:

"The time of decision has come. We are at the cross roads of historical destiny. We hold that the only wise and courageous course for us is to free ourselves from the Portuguese rule and to unite with India. Goans must cast out all fears from their hearts, and claim their right to be masters of their own destiny."

Well, Mr. President, there is certainly a little more vigour there. But is it really anything more than the sort of peroration that you would expect to find in a political manifesto of this kind? As I have already suggested, if the Goan leaders had really meant to summon the Goan peoples to violent action, they would have written a very different kind of document.

I must not forget that Professor Bourquin made much of the fact that a copy of the manifesto had been sent to the Prime Minister and other officials, as if to say that this ought to have made the Government sit up and watch for what the Goans would do. Really, Mr. President, my friend on the other side is stretching his case pretty far. In the past few years the Goans have written dozens of pamphlets, leaflets and manifestos in much the same vein as the manifesto of 2 July 1954, and they have sent dozens of them to the Prime Minister and Members of the Government. Mr. President, we did not have this point in mind when we compiled our Annexes, but I think that you can find three examples of similar manifestos amongst our documents. If you look at Annex 115, Appendix 4, you will see a newspaper article and a leaflet which are in much the same vein, while in Annex A No. 2, there is a document of 1946 which is very similar, and is actually headed "The Goan Political Conference Manifesto". Believe me, Mr. President, it would have taken something much more striking than the peroration in the manifesto of 2 July to make any Indian official think that the Goans of Bombay were planning some sort of *coup* in the Portuguese territories.

Professor Bourquin's contention that the Indian Government could not fail to see in the manifesto a warning of an armed attack intended by the Goans against Portuguese territory is therefore, in our submission, quite far-fetched. Our opponents, however, seem to think that the matter is somehow proved in their favour by the fact that one of the signatories of the manifesto was this Francis Mascarenhas who led the Goan entry into Dadra. But what difference does that make? We are not here concerned with what was or was not in the mind of Francis Mascarenhas on 2 July. We are here concerned with the question whether the Government of India could not fail to see in the manifesto a warning of imminent danger to the enclaves. On this point the fact that Francis Mascarenhas signed the manifesto seems to me to make our opponents' contention only the more improbable. Would anyone expect him to tell the world of his intention to attempt some enterprise in one of the Portuguese territories just before he did so? Would he tell the Indian Government that he intended to flout their authority? Would he proclaim to the Portuguese that he was about to enter one of their territories?

The idea that the Government of India was under an immediate obligation to take an immediate precaution to prevent a threatened attack is, I submit again, utterly unreasonable. If the Government of India had put in hand troop movements every time it received a pamphlet or manifesto of this kind from the Goans, Indian troops would have been constantly shuffling to and fro between their headquarters and the Portuguese boundaries. Professor Bourquin himself concedes, what is only too obvious, that there is not the slightest indication in the manifesto as to which of the three widely separated territories might be in danger. Was India to take precautions for all

these territories and put troops all around both enclaves and that in the season of the great monsoons? We know very well what would have been said by Portugal if India had done so. She would have accused India of staging a demonstration of military force to intimidate the Portuguese authorities. Today, however, she accuses us of having failed to surround her territories with an armed force immediately we read the Goan manifesto of 2 July. Did Portugal draw the Government of India's attention to the manifesto at the time? Mr. President, she did nothing of the kind. Yet she now claims that we ought to have leapt to her defence the moment we set eyes on that manifesto. Do I exaggerate when I say that that thesis is utterly unreasonable?

[Public hearing of 21 October 1959, morning]

Mr. President, I completed last night my discussion of the famous manifesto. In his effort to build bricks without straw, Professor Bourquin tried to make a further point about the issue on 17 July of what he termed a measure taking immediate effect and suppressing the passage of all material and ammunition. He was presumably referring to the letter of that date addressed by the Consul-General of India in Goa to the Portuguese Governor-General, which is printed in Annex 47 to the Portuguese Memorial. He said that its necessary effect was to paralyse Portuguese resistance to armed attack. He meant to imply, I suppose, that the letter shows us to have been aware that the Goans were planning a very early entry into the enclaves. But clearly, Mr. President, the sending of that letter of 17 July shows exactly the opposite. In the first place, if we were aware of the imminence of a Goan entry into the enclaves, why did we send that letter at all? A brief administrative delay in granting the necessary certificate under the Arms Act would have been quite sufficient to prevent further firearms and ammunition from reaching the enclaves before "D Day". In the second place, almost every line of that letter testifies to the fact that on 17 July the Indian authorities were assuming that the Portuguese administration would continue more or less indefinitely in the enclaves. If the enclaves were to be liberated on 21 July, why on earth should we want to issue new regulations about duties on imports from Daman into the enclaves dealing with medicines, the Vicar of Silvassa's Communion wine, the Portuguese Administrator's personal privilege in regard to wine and other articles—the baggage of Portuguese officials? The last paragraph, it is true, does forbid the passage of firearms, ammunition and military stores. But it is rather striking that this paragraph, in contrast with the others, is not aimed particularly at passage between Daman and the enclaves. It contains a general prohibition on the transport of firearms and ammunition either by any Portuguese officer or intended for the Portuguese Indian Government anywhere. Accordingly, I really do believe, Mr. President, that anyone reading that letter as a whole, and without the jaundiced eye of our opponents, must conclude that on 17 July the Indian Government had no notion at all of any question of the Portuguese administration in the enclaves coming to an early end nor of any Goan plan to bring that about.

Before I leave that letter, Mr. President, I should like to remind you of what the Attorney-General said about the general prohibition on the

transport of Portuguese weapons and ammunition across Indian territory. Parliament and the people would not have easily understood it if the Government had allowed the transport of Portuguese military forces and material across Indian territory. Portugal complains of all these matters with an air of injured innocence, as if she was entitled to ask for the treatment usually accorded to a normal State in normal circumstances. But that is by no means the case. In July 1954, she confronted India in the guise not of an innocent neighbour but of an authoritarian State which had used, and recently used, the methods of such a State to suppress the wishes of the Goan people to be free.

I now want to follow that train of thought a little further, Mr. President. I have so far replied to my distinguished opponent's arguments on the basis that we have before us a normal case in which to apply the principle of due diligence and the Court's rulings in the *Corfu Channel Case*. I mean, on the basis that Portugal is entitled to maintain here that acts were committed on Indian territory which were capable of engaging India's international responsibility towards Portugal. But is that so clear?

I have already referred to Oppenheim's clear statement that there is no general obligation to suppress conduct on the part of private persons which is inimical to or critical of the regime or policy of a foreign State. It is when the conduct of private persons takes the form of armed hostile expeditions that the obligation comes into play. Whether the small bunch of individual Goans, most of whom carried clearly nothing but walking sticks and who with virtually no preparations entered Dadra in the hope that the people would revolt and free themselves—whether that bunch of people—falls within the description of an armed hostile expedition seems to me very questionable. But the point that I chiefly want to stress is that Portugal herself by her own acts had provoked these men to do what they did.

By her own acts and often by measures in conflict with fundamental human rights and freedoms, Portugal had herself created the conditions in which Goans might in desperation feel impelled to try by their own efforts to liberate Portugal's colonies in India from her rule.

The Government of India, Mr. President, had preached and proclaimed to all within its jurisdiction that the liberation of Portuguese India must only be sought by non-violent means. Was it legally bound to do any more? Is it really the rule of international law that in such conditions, when fundamental human rights and freedoms are being violated wholesale, a State is legally bound to employ the means at its disposal to save the violator of those rights from the consequences of his acts? Is it possible in such conditions to speak at all of Portugal having rights, with respect to Goa activity on Indian territory, which India was bound to use due diligence to protect? India, we submit, was not under any legal obligation whatever to line her troops along the Portuguese frontiers to surround the enclaves, in order that Portugal might be secure from any attempt by Goans whom she had oppressed to raise the peoples against her.

I shall now briefly sum up—if I may—my submissions on the Dadra part of the story:

First—the due diligence required of a State in preventing injury to the rights of other States from acts committed on its territory is only

such diligence as can reasonably be expected when all the circumstances and conditions of the case are taken into consideration.

Second—there is no general obligation on a State to prevent subversive activity against a foreign State by individuals. The obligation arises only when the subversive activity takes the form of an armed hostile expedition. The entry of the Goans into Dadra does not seem to be covered at all by this obligation.

Third—in any event, proof that the territorial State knew of the act alleged to be contrary to the rights of the claimant State is an essential condition for establishing the territorial State's responsibility on the basis of a failure of due diligence. Such knowledge may be established by inferences from facts and by circumstantial evidence, but only if these leave no room for reasonable doubt.

Fourth—the inferences from fact and circumstantial evidence by which Portugal seeks to establish India's responsibility with respect to the Goan entry into Dadra do not establish beyond reasonable doubt that India knew of any Goan plan or activity in regard to an entry into Dadra. On the contrary, they confirm that India had no such knowledge.

Fifth—there is in consequence no possible basis under international law for finding that India is responsible to Portugal on the ground of a lack of due diligence in having failed to take steps to prevent the Goan entry into Dadra.

Sixth—Portugal had herself provoked the subversive expedition of the Goans into Dadra by her suppression of human rights and fundamental freedoms and, for that reason, was in any event precluded from calling upon India to prevent Goan attempts to subvert the enclaves.

I now turn, Mr. President, to the second part of the liberation story—the entry into Nagar Aveli. Professor Bourquin at once pointed out that the publicity given in the Indian Press to the liberation of Dadra and to the intention of the liberators to attempt an entry into Nagar Aveli make it impossible for the Government of India to say that it had no prior knowledge of the threatened Goan entry into the second enclave. Of course, Mr. President, we agree with that. He also stressed that a full week elapsed between the liberation of Dadra and the entry into Nagar Aveli, and that India did not take any measures to prevent the move into Nagar Aveli. Again, there is no dispute there. But I part company with Professor Bourquin when he asserts that this automatically establishes India's responsibility with respect to the Nagar Aveli liberation and that this responsibility is aggravated by reason of India having isolated the enclaves by refusing to allow Daman to communicate with them.

Let us look a little more closely at the situation between the two liberations. The Goans and the local people were actively preparing to move into Nagar Aveli. They were in the enclaves. They were not in Indian territory but they would, of course, have to cross a narrow tongue of Indian territory to reach Nagar Aveli. All this the Government knew. It also appears that a few left-wing Goans—according to one report—had decided to take a hand and slip secretly into Nagar Aveli from the south through the jungle. Of the movement of these Goans the Government had no knowledge.

Such was the general situation. I have already submitted, and I repeat it here, that Portugal, having violated the human rights and freedoms of the Goans and provoked their subversive activities, was not entitled under international law to call upon India to use due diligence in preventing the liberators and the peoples of Dadra from moving to aid the peoples of Nagar Aveli. Portugal herself having created the dangerous situation, India, I submit, could not possibly be under an obligation to Portugal to *interpose* Indian troops between the Portuguese colonial authorities in Nagar Aveli and the insurgent people of Dadra. Is it at all conceivable that India could be under a duty to *defend* with her armed forces the Portuguese regime in Nagar Aveli—under a duty, that is, if necessary, to shed Indian blood to ensure that India's kith and kin remained forever in bondage? Even Portugal, Mr. President, has not dared to say that we had such a duty. Yet that is the conclusion to which the "due diligence" claim really leads.

Portugal, as I say, seems to have recognized that she was not entitled to call on the Indian Government to prevent, by the means at its disposal, the imminent move of the liberators and the peoples of Dadra into Nagar Aveli. For despite the urgency of the situation, she never suggested to India that India had a duty to prevent the second entry.

What did Portugal do and demand at that time? The answer to that question is, of course, in the Notes of 23, 24 and 26 July, which are in Annexes 49, 50 and 51 of the Memorial. On the 23rd she flung a totally unfounded charge against India of aggression upon Dadra and without even asking for India's explanation. That Note is chiefly interesting for its apparent recognition that Portugal had in some degree provoked the Dadra incident. Then on the 24th she demanded "the grant of the necessary facilities to the Portuguese armed forces and authorities staying at Daman, to enable them to go to Dadra for the purpose of re-establishing the order which has been disrupted and to drive out the invaders". She followed this up on the 26th with a demand for transit facilities for delegates of the Governor of Daman, to enable them to go without delay to Nagar Aveli to make contact with the now isolated Portuguese population, "in order to judge the situation" and "to take elementary administrative measures". At the same time she asked that, if possible, these delegates should pass through Dadra on their way to Nagar Aveli. She also reiterated her demand for the passage of Portuguese troops to Dadra in order to "re-establish order and expel the invaders".

Let us pause for a moment, Mr. President, to see what these requests actually involved. The request for passage of Portuguese troops was clearly nothing more than a request to be allowed to cross Indian territory for the purpose of crushing the insurgents and reimposing Portuguese rule. Then there would have followed, as night follows day, mass arrests and punishments of Goans. As to the Governor of Daman's delegates, they could not, it is true, crush the insurgents in Dadra all by themselves. But "elementary administrative measures" has a sinister ring in the mouth of a Portuguese Colonial Governor. Would there not, also in Nagar Aveli, have been mass arrests of suspects and other unpleasant happenings?

What else did the Portuguese requests involve? If granted, they meant grave dangers to India's public order as our opponents themselves really seem to recognize. The only practical way for the troops to go to Dadra, especially in the season of the great rains, was by the road which passes

through Vapi and the other villages with their narrow streets. Having regard to their mission and to the state of feeling in India about Portuguese suppression of the Goans, an escort of Indian troops or police would have been essential for the passage over Indian territory. The same applies to the Governor's delegates. And what would have happened when they tried to enter Dadra? And beyond Dadra the position was even more complicated since the delegates, who could not have started until two or three days later, would have got mixed up with the Dadra insurgents moving into Nagar Aveli. I am not being fanciful, Mr. President, these were the realities of the situation which confronted the Government of India. In other words, what the Portuguese requests necessarily involved was the active assistance of the Indian Government in measures having no other object than the reimposition of Portuguese rule on insurgent Dadra, and the maintenance of that rule over suppressed and disaffected Nagar Aveli.

To grant the facilities demanded would therefore have been to intervene actively between the Portuguese administration and the insurgent Goan peoples, on the side of the administration against the insurgents, on the side of an alien totalitarian regime against men of Indian race.

We hold strongly, Mr. President, that even if there had not been these special factors—close kinship of race and manifest oppression, even if the insurgents had in truth been sons of Portugal—India would not have had any duty to accede to Portugal's requests. Confronted with an insurrection in a neighbouring territory a State has a right to maintain a certain reserve between the two parties. That point of law I will return to. Now I am only concerned with the position of the Government of India when it considered the Portuguese requests. The situation which confronted her did contain those special factors: close kinship and manifest oppression. What it was being asked for was active assistance, in keeping people of its own race in subjection.

The Portuguese requests were rejected by India in a Note of 28 July which is printed in Annex 52 to the Memorial. Professor Bourquin made great play with that Note. He said it was a peremptory refusal all along the line, accompanied by a veritable profession of solidarity with the invaders. He then gave his own extremely free rendering of that Note. He rewrote it for you so as to make India's refusal appear to have been nothing but a declaration of checkmate in a game of aggression against the enclaves. I shall not bother to repeat his fanciful phrases because, I am sure, you will only be interested in what India actually said.

No doubt, Mr. President, India's Note was fairly peremptory, but not half as peremptory as Portugal's Note castigating India with a wholly unfounded charge of aggression. The Government of India repudiated the Portuguese allegations and pointed out how wildly exaggerated was the Portuguese version of the insurrection. They then justified their refusal of the Portuguese request for passage of troops in the following sentence:

"They [the Government of India] do not and cannot permit the movement of foreign troops and police on Indian soil, and they certainly cannot be a party to the suppression of a genuine nationalist movement for freedom from foreign rule in any part of the Portuguese establishments in India."

That sentence is the so-called "veritable profession of solidarity with the invaders". We have never concealed our opinion that all the justice of the matter, and therefore all our sympathy, lay with the insurgents. But, as the Court can see, in that sentence we were making a rather different point: that we could not be Portugal's accomplice in the suppression of Goan freedom. And in the light of the explanations that I have given to you, was not that a very natural ground for India to refuse the Portuguese request?

Then, as to the Governor's delegates: what ground did the Government of India state for refusing that request? It called attention to the mass arrests of Goans and Indians, their detention without trial, and their inhuman treatment in gaol—and to the repeated warnings it had given as to the effects of these measures. It then went on:

"The grave situation in which the Portuguese authorities now find themselves, as a result of these measures, is entirely of their own making. The tension which they have deliberately created by taking such measures has had serious repercussions in India where a large number of refugees have taken shelter to escape the effects of this repression. This tension is bound to increase if Portuguese officials are permitted to go across Indian territory for the purposes mentioned in the Note. The passage of these officials across Indian territory might also lead to other undesirable consequences in view of the strong feelings which have been aroused by the repressive actions of the Portuguese."

In other words, Mr. President, the reasons stated by India for refusing the passage of the delegates are precisely the ones which you would expect in the actual circumstances of the case: the tension created by the Portuguese repressive measures and the requirements of India's public order. Professor Bourquin, when examining our Note of 28 July, said not one word about India's reasons for refusing passage to the delegates. Mr. President and Members of the Court, that omission is really rather striking when you consider my distinguished opponent's frank admission that in principle the needs of India's public order have priority over Portugal's right of access to the enclaves. Did he not insist on dealing with the question of India's public order last in his argument because on this question his views came close to those of India? Does not Portugal in her conclusions now formally recognize that her alleged rights of passage may be subject to the consideration of India's public order? Yet not one word did he say about the needs of India's public order in the critical week between the insurrection in Dadra and the insurrection in Nagar Aveli, the week during which India refused the Portuguese requests. We can therefore only conclude from this startling omission in my distinguished opponent's pleadings that he knows that the reasons of public order given by the Indian Government in its Note of 28 July were really unanswerable.

I do not want Professor Bourquin to think that I am being unjust to him, so I must mention that later in his speech—on 6 October, when he was discussing the needs of India's public order in relation to passage across Indian territory today—he did just touch the point, but with so light a brush that it hardly leaves a mark. You will find on page 599 of the *compte rendu* the following:

“The Portuguese Government is convinced that India is dramatizing the situation in order to give to her opposition the semblance of justification. And it cannot refrain from recalling that passage was already refused to Portugal in 1954, at a time when the invasion of Nagar Aveli had not even begun. The risk that is said to exist today certainly had no existence at that time.”

That, it appears, is Professor Bourquin's only contention in regard to the needs of India's public order in the week before the entry into Nagar Aveli, and how utterly specious it is. The insurrection in Nagar Aveli had not yet begun: therefore there could not be any risks to India's public order. Indeed we have to forget that there had been an insurrection in Dadra, and all that was planned and to which our opponents have called your attention. My distinguished opponent must forgive me if I say that the contention there really has no relation whatsoever to the facts of the situation.

I therefore believe, Mr. President, that in our opponent's pleadings we have something very close to a tacit admission that India's refusal of Portuguese requests for passage in July 1954 was justifiable by reference to the needs of public order: express recognition in their conclusions of the relevance of the importance of India's public order in discussing passage today—no reference to it at all in discussing India's so-called responsibility in July 1954, not a word of serious comment upon the very substantial grounds of public order invoked by India, not today, but in her Note of 28 July. However that may be, we are convinced that the needs of India's public order did fully justify India in refusing the requests in that Note of 28 July.

Before I leave the question of the refusal in July 1954, I would like very briefly to summarize the legal position as it appeared to India when she received, and rejected, the Portuguese requests. First, she believed that Portugal had no legal right of transit across her territory at all, for any purpose. In her various Notes since 1947 about Indian regulations in regard to passports, customs duties, etc., Portugal had *never* claimed that she had rights which must be respected. Nor was there anything in India's files about the enclaves to put her on notice that Portugal claimed rights of passage. Secondly, she believed that it was out of the question that there could be any obligation upon her under international law to render even passive, let alone active, assistance to Portugal for the repression of people struggling to free themselves from her alien and authoritarian rule. And thirdly, she believed that to accede to the Portuguese requests would gravely endanger India's public order.

It is my submission, Mr. President and Members of the Court, that India's refusal of the requests on 28 July 1954 was clearly justifiable on each one of these grounds. If, however, you should take a different view from that entertained by India on these several points of law, I would still submit that India's mistaken understanding as to her legal position in July 1954—if such it was—does not affect her right today to raise the occurrence of the insurrection and the establishment of a *de facto* local administration in the enclaves as an obstacle to the continued exercise of Portugal's rights of passage. She was confronted by an exceedingly difficult situation resulting from Portugal's own conduct towards the Goans. If India's appreciation of her legal position

was mistaken, it was a mistake made in good faith. No doubt such a mistake would have the consequence that the Court would declare her refusal of the Portuguese requests to be an infringement of Portugal's rights at that date. But it would not preclude the Court, I submit, from taking into account the fact of the insurrection in considering Portugal's rights of passage today.

Mr. President, I shall now pass to India's legal arguments in support of her contention that, if Portugal did possess rights of transit which she claims, they were not in 1954, and are not now, exercisable in the circumstances of the insurrections. Professor Bourquin, at the hearing on 5 October, expressed some doubt as to whether these arguments are four or five in number. As he seemed to prefer to regard our reference to what may conveniently be called the *rebus sic stantibus* principle as a separate fifth argument, I am quite content to do the same, though I shall not want to add very much to what we said on that point in the Rejoinder. He also preferred to take our first argument concerning the needs of India's public order last, but I am not wholly prepared to follow him in that course, and for two reasons. One is that our first argument covers rather more ground than he indicates, and the other is that, as I have already stressed, he only deals with our public order argument in connection with passage over Indian territory today, whereas it is also of the greatest relevance in connection with India's refusal in 1954. Having regard to our opponent's new demand for a kind of suspended injunction in connection with the problem of public order, I believe that the course most convenient both to the Court and our opponents will be to leave our arguments in their original order but to deal with the effect of India's public order on passage today right at the end.

Professor Bourquin set out our five arguments—at page 572 of the *compte rendu*—in a way that suited the arguments with which he wanted to oppose them, but not quite in the way we put them ourselves, therefore in due course I shall have to restate them.

But before I begin to reply in a general way to the opponents' criticism of our own arguments, I want to make a brief observation on their treatment of the law of recognition, with reference to the insurrection and also to the *de facto* local administration. Professor Bourquin prefaced his discussion of all our five arguments with a long disquisition on recognition of insurgency, the legal status of insurgents, and the particular status or absence of status of the insurgents in the enclaves. He began this disquisition at the end of the session on Friday 2 October, occupied himself with it during the whole of Saturday morning and only completed it on the following Monday. I was rather puzzled at first because the precise legal status of the Dadra and Nagar Aveli insurgents has only a somewhat marginal interest in regard to our five arguments. It is the actual facts of the insurrection and the establishment of the *de facto* local administration which are at the root of our arguments. I think, however, that I shall not be far off the mark if I guess that Professor Bourquin had two reasons for the course which he took. He hoped that his disquisition would perhaps be a red herring, as we say in England, and obscure our perfectly straightforward arguments which do not depend on recognition. But another motive, I believe, was in order to prepare a platform for Portugal's novel claim for the suspended injunctions designed to prohibit India from ever recognizing that the enclaves have

ceased to be under Portuguese sovereignty. I shall deal with these matters so far as may be necessary in their proper place. But it would only serve my distinguished opponent's argument if I were to exaggerate the importance of his theories of recognition by prefacing my discussion of the five arguments with a similar long disquisition on the subject.

With your permission, Mr. President, therefore, I shall now take up our five arguments in turn. The first three are relevant to India's legal position both in July, 1954, and today. The two last arguments are only relevant to her legal position today. Then, the first Indian argument:

This has two branches, each of which, we think, suffices by itself to rebut the Portuguese claim both with respect to July 1954 and today. One branch is our contention that, whether derived from general international law or from a particular treaty or custom, a right of transit for the exercise of sovereignty in enclaves does not extend to the exercise of State power for the purpose of suppressing an insurrection by the people. To allow transit for such a purpose necessarily amounts in some degree to intervention in the civil disturbances in another State, and both principle and practice are clearly opposed to the notion that a right of transit for the exercise of sovereignty can be interpreted as including a right to cross the territory of a foreign State in order to quell an insurrection or disturbance. Certainly there is no trace of such right of transit in the evidence produced by Portugal relating to the various enclaves from which she claims to derive her title under customary law. On the contrary, as shown by my eminent colleague, Professor Guggenheim, in his speech on 12 October, the evidence speaks clearly in the opposite sense. For you find in the evidence relating to Büsingen and Campione a specific refusal to treat transit for dealing with civil disturbances, whether political or economic, on the same footing as transit for other purposes. We accordingly submit, on the basis of general principle and general custom, that any right of transit possessed by Portugal did not in 1954, and does not now, place any obligation on India to allow the transit of troops, police or officials for the purpose of dealing with the insurrection in Dadra and Nagar Aveli.

If you should hold us to be wrong in that submission, then we should rely on the other branch of this argument. This is our contention, with which our opponents fully agree, that any rights of transit possessed by Portugal are subject to the requirements of India's public order. We submit that in July 1954, and at all times thereafter, the transit of Portuguese troops, police or officials across Indian territory for the purpose of reimposing Portuguese rule would have involved grave dangers to India's public order, and on that ground alone India has been justified in refusing to countenance the transit.

I have already examined, as you know, Mr. President, the question of India's public order in July 1954 at some length, when discussing the question of India's responsibility. So all I need do here is to add something to what I then said, and that is that in essence the dangers to India's public order which I then described did not materially lessen with the consolidation of the position of the insurgents. Those dangers remain, therefore, much the same today, but in accordance with my plan I shall reserve the question of public order today until the end of my speech.

Therefore I can pass to the second argument. Here, Mr. President, India contends that, confronted with an insurrection in the enclaves, she was entitled to adopt an attitude of complete reserve and neutrality

as between the Government and the rebels. I have already explained that when India received the Portuguese request for passage, she took the view that to grant passage would be to intervene actively on the side of a Government seeking to quell an insurrection of peoples whom it had oppressed and that international law did not place any such obligation upon her.

We drew attention in paragraphs 347 and 348 of our Counter-Memorial to a ruling of the United States Supreme Court in the case of the *Three Friends*, to a statement in Judge Lauterpacht's book on Recognition, to the opinions of Judges Huber and Anzilotti in the *Wimbledon* case, as authority for India's right to adopt an attitude of reserve in regard to the Portuguese requests for transit. Our opponents have replied by challenging our contention that there has been an insurrection. They were clearly wrong about that. They then introduced the question of the recognition of belligerency and insurgency and argued roughly on the following lines. First they say that on the outbreak of an insurrection only the legitimate government has any international existence, any international legal personality, and that other States are legally bound not to interfere with the measures which this Government takes for the re-establishment of internal order. For this proposition they cite a Resolution of the Institute of International Law in 1900. It is, however, plain that the Resolution was only referring to measures taken within the legitimate Government's own jurisdiction. The Institute was speaking out against direct intervention, on one pretext or another, in civil disturbances in another State, which was by no means uncommon at that date. Accordingly the Resolution does not seem to touch the present case. However, our opponents go on to say that after the outbreak, an intermediate situation may arise called "recognition of insurgency", which is not a clearly-defined status but depends on the particular conditions of the recognition accorded to the insurgents by each State. That is a fair enough statement if all that it is meant to convey is that the recognition of insurgents does not confer upon the latter a whole bundle of predetermined uniform rights and duties. But our opponents try to deduce from it the doctrine that, without some definite act of recognition of the insurgents determining the particular conditions to apply to the insurgency, international law makes no impact at all on the legal position of other States with respect to the insurrection. This doctrine appears to us to be totally unfounded, for reasons which I will explain in a moment. First I must refer to one other argument that our opponents have put forward and which seems to us quite absurd. They asserted in the Reply that there cannot be any recognition of an insurrection unless an armed struggle exists at the moment of recognition. We answered that in our Rejoinder and, as I did not hear Professor Bourquin come back to it, I think we can let it lie.

Now with so much talk, Mr. President, of belligerency, insurgency, status, legal personality, *de facto*, *de jure* recognition, it is very easy to lose sight of the point in issue. And that point is very simply whether, an insurrection having occurred, international law brings into play for outside States any rights or duties with respect to the resulting situation and, if so, what are they. Our opponents seem to deny that international law touches the situation at all except to the extent that there may have been acts of recognition. I only say "seem to deny", Mr. President, because naturally I recall the reliance which our opponents placed on the

Resolution of the Institute that every State is bound not to interfere with the measures taken by the legitimate government to restore internal order. Is that Resolution not the application of international law to a situation of insurgency? Is it not simply one aspect of the fundamental rule of non-intervention in the internal affairs of another State? Is not the principle of non-involvement which we invoke simply another aspect of that same rule?

I emphasize again, Mr. President, that the principle which we invoke is not necessarily bound up with recognition of insurgency as a special status. I also emphasize, to avoid confusion, that we employed the phrase "complete reserve and neutrality" to indicate that we are not talking about "neutrality" *stricto sensu* but of non-involvement in a civil disturbance, which seems to us to be the attitude properly consistent with the rule of non-intervention. The very adoption of this attitude, I should have thought, indicates at least that the State concerned recognizes the existence of the civil disturbances in the other State, and perhaps, in limited measure, the existence of two separate parties contending for political power. In our Rejoinder we referred to Article 3 of the Geneva Conventions of 1949 as another example of international law making an impact on the situation resulting from an insurrection and as evidence of a limited recognition of insurgents as subjects of international law. We pointed out that Article 3 speaks of each party to the conflict and that one of the resolutions of the Conference shows its preoccupation with avoiding any confusion between the status of belligerents and the status of insurgents. Professor Bourquin says that the preoccupation of the conference went deeper than that and that the States at Geneva were insistent that nothing in the convention was to affect the legal status of the parties to a civil conflict. The convention was to be limited in its effects to its humanitarian purposes. We fully accept that correction. But it does not really take away the force of our main point, which is that there is a growing tendency for international law to make a certain impact on a situation of insurgency and, for limited purposes, to regulate a situation of insurrection. In the present connection, however, I repeat that the only principle with which we are concerned is the fundamental principle of non-intervention and in the particular context of an insurrection.

In paragraph 608 of our Rejoinder, we drew attention to the Non-Intervention Agreement of 1936 in connection with the Spanish Civil War as a striking modern precedent showing that, without any recognition of belligerency, a State is entitled to take measures to prevent the involvement of its territory and peoples in an insurrection in another State. We also drew particular attention to a declaration in the same sense by the Swiss Government, which has not accorded any express recognition to the nationalist insurgents. Professor Bourquin did not comment upon the Spanish precedent in his speech of 5 October, but countered by drawing attention to the case of the *Wimbledon*. Pointing to our statement that India is entitled to take measures to assure her non-involvement, he said, in effect, that if this was only a right and not an obligation, it would not prevail over any obligations India might be under respecting Portugal's rights of passage. He added that even if India had an obligation as well as a right to refuse transit to Portugal under general international law, the decision in the *Wimbledon* case

shows that a particular treaty obligation to allow transit takes precedence over an obligation under general international law to refuse it.

The *Wimbledon*, Mr. President, is surely a very different case from the present. In the *Wimbledon* case there was a multilateral treaty establishing a permanent international regime for the Kiel Canal affording passage to vessels of all nations in war as in peace. There the treaty was an international statute giving special rights to the shipping of all nations. Here what we have is an alleged bilateral obligation of a most particular local kind. There the treaty was clear and categorical. Here no one knows the precise origin of the alleged obligation and even our opponents do not define it. Furthermore, Mr. President, the Court in the *Wimbledon* case did not give precedence to the treaty obligation without first examining the regimes in the Panama and Suez Canals to see if the treaty obligation was compatible with the customary rules of neutrality applied in the case of other international waterways.

With all respect to my distinguished opponent, I doubt very much whether his reference to the *Wimbledon* case helps his case very much. That case was, of course, concerned with neutrality *stricto sensu* between belligerent States. Would my friend on the other side equally contend that a bilateral treaty obligation would have taken precedence over the obligations of neutrality under general international law? That view was certainly entertained in the eighteenth century but very few people think that it is tenable today. The doctrine of qualified neutrality—neutrality qualified, that is, by private bilateral obligations—I do not speak now of the Charter—is almost universally considered to be inadmissible today. And why? Because neutrality came to be regarded as the fundamental rule for non-participants in an international war.

A somewhat similar development seems to have taken place in regard to non-intervention in a civil war or insurrection. The Spanish Civil war I have already mentioned. Latin-American practice, as I understand it, has also been to apply neutrality decrees even to minor forms of civil strife. Moreover, a writer of the authority of Hyde—*International Law*, Vol. I, 2nd Edition, page 253—states categorically that intervention in a civil conflict in another State is inadmissible even when at the invitation of the legitimate Government and in pursuance of a prior treaty obligation. It is perhaps significant that in the recent landings of British and United States troops in Jordan and Lebanon respectively, at the request of the legitimate government, the two intervening States do not appear to have thought that their actions could be justified under international law simply by reference to the requests of the governments concerned. For they rested, and only rested, the justification for their actions on alleged threats to the security of these countries from outside.

In our submission, Mr. President, the principle of non-intervention—non-involvement fully justified India in 1954 and fully justifies her today in rejecting Portugal's demands for facilities for the passage of Portuguese troops and officials in order to reimpose the Portuguese rule on the unwilling peoples of the enclaves.

I do not forget, Mr. President, that our opponents have contended that India is disqualified from invoking the principle of non-involvement because, according to them, India is not entitled to consider herself a third party in the differences between the Portuguese and the peoples of the enclaves. They take up this position on the basis that it is a political objective of India to achieve the merger of the Portuguese

Indian territories in the Indian Union, while the Goan liberators of the enclaves had the same political objective. Professor Bourquin devoted nearly half a session to establishing what no one has ever denied—that both the Indian Government and the Goans had, and have, as an ultimate goal, the uniting of the enclaves together with the other Portuguese territories in the Indian Union. And he enjoyed himself by making fun of the idea of an embryo San Marino.

In paragraphs 617-624 of our Rejoinder we pointed out that an attitude of neutrality or non-intervention is not legally inconsistent with sympathy for the objects of one side rather than the other. We also pointed out that when a third State is much interested in the outcome of the conflict, its position is only the more embarrassing, and that the principle of non-intervention is its only possible hope of not becoming directly involved. We further pointed out that the insurgents had two objects, one of which was to rid themselves of Portuguese rule. Professor Bourquin, however, now tells us that we have misunderstood the point and that it is not a question of sympathy but of common object. I think that we understood the point well enough, but what difference can it make that India should have nursed the same political aims as the Goans if she did not attempt to put them into effect in concert with the Goans? Portugal in this case had made only the most faint-hearted attempt to establish that India acted in concert with the Goan liberators and at these hearings she has ended by abandoning the point. That being so, I do not see how she can now maintain that we are not a "third party"; that we were disqualified from trying to keep ourselves clear of the conflict by adopting a policy of non-intervention.

Mr. President and Members of the Court, our opponents seem here, as elsewhere in this case, to lose sight of the fact that the delicate situation which developed in 1954 in regard to the enclaves is none of India's making. It was Portugal who created the political, ethnic and economic monstrosity which is represented by the Portuguese enclaves of Dadra and Nagar Aveli; it was Portugal who insisted on keeping in being the monstrosity when Great Britain and France had yielded their rule to the peoples of India; it was Portugal who misruled and neglected the enclaves for a century and a half; Portugal who provoked and inflamed the Goan peoples until the people of the enclaves broke their bonds and ejected the Portuguese. That being so, we wonder with what justification it can be said that India, by reason merely of having a common political aspiration with the Goan insurgents, is disqualified from acting so as not to involve herself in a situation for which Portugal herself is so clearly responsible.

Mr. President, I now come to our third argument. This argument is that, as a Member of the United Nations, India is under at least a negative obligation not to lend her aid or to have any part in or to give any assistance to action calculated to suppress human rights and fundamental freedoms without any regard to the principle of equal rights and self-determination of peoples. In paragraphs 639-641 of the Rejoinder, we contended that the obligation flows from the provisions of Articles 1, 55, 56 and 62 of the Charter, and we explained that although the precise scope of the positive obligations of Members under these Articles may be a matter of doubt, it is clear that they are under a negative obligation not to do anything diametrically opposed to the whole spirit and purpose of the Articles.

Professor Bourquin—it is on pages 582 to 587 of the *compte rendu*—rather attacked us for drawing the attention of the principal judicial organ of the United Nations to what certainly seem to us to be relevant provisions of the Charter. He charges us with inconsistency. He says we are claiming, under our second argument, to have the right to be neutral, which he says means being impartial, while here we are claiming the right to discriminate in favour of the insurgents. He says that we are introducing the principle of just and unjust wars into domestic conflicts. Indeed, he goes so far as to say that an appeal to the Charter proves that our abstention from assisting the Portuguese authorities by allowing them passage to the enclaves is not a genuine act of non-intervention but a manifestation of sympathy for the insurgents—a disguised intervention.

The charge of inconsistency is quite baseless, Mr. President. We say that we are entitled for our own security to adopt a policy of non-involvement; and, secondly, we say that this policy corresponds with what we conceive to be our obligations under the Charter. But we should certainly also say that, if we are wrong in thinking that under general international law the non-involvement principle justified us in abstaining from assisting the Portuguese authorities, that our obligations under the Charter prevail.

Professor Bourquin's main reply to our third argument was to insist that the Charter provisions concerning human rights are as yet altogether too embryonic to be applicable by the Court in any legal connection whatever. They remain a statement of philosophical rather than legal principles. It seemed to us, Mr. President, that our distinguished opponent felt some embarrassment in advancing the contention that the human rights provisions of the United Nations Charter can be given no weight whatever in the principal judicial organ of the United Nations. For, having referred to Kelsen, Charles De Visscher and Hudson as denying that those provisions have legal value, he continued: "there is room for the view that that is somewhat exaggerated". And he went on to say that those provisions are certainly not sufficient by themselves to protect the rights of man and that the gap has not been bridged by the *Universal Declaration of Human Rights*.

That passage in our distinguished opponent's speech made us wonder whether, after all, his thesis was so very far removed from our own. For, if there is room for the view that the thesis that the Charter provisions on human rights have no legal value at all is somewhat exaggerated, does not Professor Bourquin imply that *some* legal value attaches to those provisions? And, when he says that they are not sufficient by themselves to protect the rights of man, is he not only saying that for the *positive* application of a specific right or freedom in a concrete case, some further definition of the conditions of the particular right or freedom may be necessary? We agree that the exact scope of the positive obligations resulting from the Charter provisions may be a matter which requires further elaboration and clarification. We said so in our Rejoinder. We do not altogether share our distinguished opponent's view that such absolute uncertainty surrounds human rights and freedoms that they are incapable of any positive application without the conclusion of further treaties. There are, we think, basic conceptions of human rights which everyone can recognize and the infringement of which in flagrant cases everyone can detect. Otherwise, Mr. President, we hardly know

why the Allied and Associated Powers have inserted in the Peace Treaties with Bulgaria, Hungary, Rumania and Japan express provisions concerning the observance of human rights similar to those in the Charter. Still less do we know why the General Assembly occupied itself so long in 1949 in discussing allegations that the first three of these States had violated their treaty obligations and referred the procedural aspects of that dispute to the Court for an Advisory Opinion.

[Public hearing of 21 October 1959, afternoon]

Mr. President, I concluded this morning by saying that even from a positive point of view we did not entirely share the doubts of our opponents about the contents of the human rights provisions of the Charter. But in any event, the proposition on which we rely is much more modest. We say that at least a Member of the United Nations is under a negative obligation to abstain from action which is diametrically opposed to the whole purpose and spirit of the human rights provisions. That, Mr. President, we believe to be an irreducible minimum of obligation imposed on Members by the pledge which they undertake in Article 56 of the Charter to "take joint and separate action in co-operation with the Organization for the achievement of the purposes set forth in Article 55". If our learned opponent does not accept that we do not easily perceive what meaning he gives to his statement that there is room for the view that it is somewhat exaggerated to deny that the Charter provisions have any legal value.

The directly relevant provisions of Article 55, Mr. President, are as follows:

"With a view to the creation of conditions of stability and well-being which are necessary for peaceful and friendly relations among nations, based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples, the United Nations shall promote:

Universal respect for, observance of, human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion."

In the documents in the present case, Mr. President, we submit that you do find ample evidence of a ruthless suppression of the wishes of the Goan peoples for self-determination and, in the process, the violation of a number of other fundamental human rights and freedoms. My distinguished opponent says that no principle is more difficult to define than the principle of self-determination. We do not deny that the conditions for applying the principle of self-determination to concrete cases may not be capable of complete definition in advance. This does not, however, mean that the principle is incapable of any application in concrete cases. There have already been a number of cases of its application during the life of the United Nations. To quote only one example, the Treaty between Egypt and the United Kingdom leading to the emergence of the Sudan was specifically based upon the principle of self-determination. Certainly, it cannot reasonably be maintained today that the basic principle of self-determination is not identifiable or that its flagrant contradiction in a particular case can never be recognizable.

It is India's view, Mr. President, that Portugal's suppression of the Goan freedom movement and her demands to India for transit facilities for the purpose of crushing the rising of the people were in flagrant contradiction with the principle of self-determination. Accordingly, in her submission, she acted and is now acting in accordance with her obligations under Articles 55 and 56 of the Charter in rejecting the Portuguese demands.

There is one other matter with which I ought to deal. My distinguished opponent at the end of his observations on this question suggested that India is disqualified from invoking the Charter provisions in regard to self-determination by reason of what they represent to be a denial of the principle by the Prime Minister in the Indian Parliament on 6 September 1954. The Prime Minister's statement to which they refer is in Annex 4 of the Portuguese Observations on the Preliminary Objections. It reads:

"We are not prepared to tolerate anyhow the presence of a foreign colonial power. I do draw a distinction—not that it is necessary—but we are not prepared to tolerate the presence of the Portuguese in Goa, even if the Goans want them there. So there is that distinction. I am not prepared to impose myself on the Goans. That is for them to consider completely. But the presence of a foreign colonial power on the mainland of India is a matter in which I am also interested."

That statement, Mr. President, has to be read in the context of the whole speech. Three weeks before had occurred the satyagraha on the borders of Goa in which a number of people has been shot down, with the result that the Government of India banned all satyagraha by Indians in Goa. Mr. Nehru was speaking in opposition to a motion which called on the Government not to ban satyagraha by Indians in Goa and to take more effective steps to liberate Goa and other territories and to merge them with India. You will see that motion; it is at I, page 651 of that Annex. Mr. Nehru, understandably, was firm in his statement of the principle that the continuation of Portugal's colonial rule in India could not be allowed. But you must also read what he said as to implementing that principle in that same speech:

"There is no intention of grabbing Goa or of our desiring to extend the Indian Union in this way. We have no doubt that Goa being part of India has to become part of the Indian Union. It will, because they wish to become so, not because we push them into it."

"Not because we push them into it", Mr. President. In other words, Mr. Nehru's policy is not to tolerate the Portuguese. He does not, however, put this policy into practice by pushing the Goans into throwing out the Portuguese. Can Portugal say as much about her policy of maintaining by force her alien rule in India?

I now pass, Mr. President, to our fourth argument. In this argument we asked the Court to take account of the existence of the *de facto* local government in the enclaves and we say that it is not really possible in the proper administration of justice to make a decree in this case owing to the way in which the interests of the *de facto* government are affected, and we say that that is an additional obstacle to the Portuguese claim in this case.

Here, Mr. President, we do invoke for the first time the existence of a *de facto* local Government in the enclaves and here it will be necessary for me to make a few comments on our opponents' long disquisition on the subject of recognition. We do not think that recognition looms nearly so large in this case as they do, but I shall have to deal briefly with their observations in so far as they rarely seem to touch our fourth argument. First, I must clear the ground by dealing with two other objections which they oppose to this argument.

Professor Bourquin complained that we had introduced in our Counter-Memorial an objection to jurisdiction on which we had not relied in our Preliminary Objections. Our fourth argument is, however, intimately connected with the merits and is an objection to the admissibility of the Portuguese claim rather than an objection to jurisdiction. Leaving aside the question of our Sixth Preliminary Objection, there is no doubt that the Court has jurisdiction with respect to the dispute. The question before the Court—and I should have said also the Fifth Objection as well but it is rather a point by the side—the question before the Court is whether this right claimed by Portugal is one which can be recognized by the Court without taking into account the existence and interests of the *de facto* local Government, which is a stranger to the proceedings. The decree asked for by Portugal is directly aimed at the *de facto* local Government as well as the Government of India, and we say that even although the Court—apart from the objections I have mentioned—has jurisdiction to make the decree, it ought not to do so in the circumstances of this case. I do not think that I need pursue the question any further because Professor Bourquin himself—on page 590 of the *compte rendu*—seemed to wave it aside when he said that "the important thing is to consider the contention itself".

The chief point made by Professor Bourquin was that the principle of the *Monetary Gold Case* is not applicable to the present case. He says that there is nothing in the Statute to prevent the Court from adjudicating when the interests of a third party are affected, nor in India's acceptance of the Optional Clause. Very true, but the principle on which we rely is a general principle of justice, not a provision of the Statute nor any reservation in our Declaration. Our submission is that it would not be consistent with the proper administration of justice for the Court to make a decree upholding the Portuguese claim without reference to the interests of the *de facto* local Government, which is not—invariably—represented before the Court. In support of this submission we referred to the Court's decision in the *Monetary Gold Case*—the report is *I.C.J. Reports 1950*, page 19.

Professor Bourquin contends that in the *Monetary Gold Case* the obstacle which prevented the Court from adjudicating was not the absence of Albania, it was the absence of Albania's consent to the Court's jurisdiction in the case. He also contends that it was not the mere existence of an Albanian interest in the dispute that prevented the Court from complying with the request that it would exercise its jurisdiction; it was the fact that it was asked to adjudicate upon an international dispute in regard to which one of the Parties to the dispute did not agree that the dispute should be submitted to the Court. In short, according to him, it is not enough that the interests of the third State should be affected; they must constitute the actual

subject of the dispute. In support of these contentions he cites appropriate selected passages from the Court's Judgment in the case.

With respect to my distinguished opponent, his account of the *ratio decidendi* of the *Monetary Gold Case* seems to me a little superficial. First, as to the question whether the decision was based not on Albania's absence but on Albania's absence of consent to the Court's jurisdiction. Leaving aside the interest of the Custodian Powers there were three Parties claiming the gold—the United Kingdom, Italy and Albania. The United Kingdom and Italy had both conferred jurisdiction on the Court with respect to their claims to the gold, as had the Custodian Powers. Albania's consent to jurisdiction, simply as such, was irrelevant to the Court's power to adjudicate as between the United Kingdom and Italy. The Court was only concerned with the absence of Albania's consent because justice could not be administered between the other two Parties without at the same time adjudicating upon the international obligations of Albania vis-à-vis Italy. In other words, she was, in the opinion of the Court, a necessary party to the proceedings but had not consented to the jurisdiction; the question of Albania's consent was therefore, in my submission, only the second step in the Court's reasoning, the first being the impossibility of administering justice without Albania's presence in the case.

This point appears clearly in the passage in the Court's Judgment on pages 32 and 33, where it dealt with a United Kingdom contention that the fact that Albania, when she had a right to intervene in the case, had chosen not to do so, ought not to make it impossible for the Court to adjudicate between the other two Parties. The Court said:

"In the present case, Albania's legal interests would not only be affected by a decision, but would form the very subject-matter of the decision. In such a case the Statute cannot be regarded, by implication, as authorizing proceedings to be continued in the absence (*absence*) of Albania."

Again, dealing with a contention that after all under Article 59 of the Statute any decision of the Court could not be binding on Albania, the Court said:

"This rule, however, rests on the assumption that the Court is at least able to render a binding decision. Where, as in the present case, the vital issue to be settled concerns the international responsibility of a third State, the Court cannot, without the consent of that State, give a decision on that issue binding upon any State, either the third State, or any of the Parties before it.

The Court accordingly finds that, although Italy and the three respondent States have conferred jurisdiction upon the Court, it cannot exercise this jurisdiction to adjudicate on the first claim submitted by Italy."

On this point, Mr. President, the present case might even be said to be a stronger case than the *Monetary Gold*. There Albania wilfully refused to avail herself of her right to defend her interest before the Court. Here the *de facto* local administration has no possibility of doing so.

No doubt, as Professor Bourquin pointed out, the Court emphasized that Albania's legal interests would not only be affected by a decision

but would form the very subject-matter of the decision. I would certainly submit, Mr. President, that the principle on which the Court acted in that case extends equally to a case where the interests of the third Party form the very object of the decision. Indeed, in this class of case there is the additional consideration that the Court's decree cannot be effective without the co-operation of the third Party. But, even upon Professor Bourquin's own narrow interpretation of the *Monetary Gold Case*, the present case appears to fall within the principle applied by the Court. Can the Court adjudicate in the present case without prejudging the international status of the *de facto* local Government and without prejudging the right of the people of the enclave to exercise their right of self-determination? Just as in the *Monetary Gold Case* the international responsibility of Albania vis-à-vis Italy was the very subject-matter of the decision sought from the Court, so here the rights of the *de facto* Government form part of the very subject-matter of the decision asked for by Portugal.

I will now pass, Mr. President, to the question raised by Professor Bourquin as to whether the existence of the *de facto* local Government is a matter which is "opposable" to Portugal at all in the present case. Professor Bourquin, as I said earlier, gave the Court a long disquisition on recognition of insurgency and the legal status of insurgents which we think to have only a very marginal interest in connection with our five arguments. I am not therefore going to follow him through his whole argument on recognition and I propose only to try and focus my attention on that small part which seems to us to have relevance for the decision of this case. The short point before the Court is whether the existence today of a *de facto* local Government in the enclaves is a legal fact which the Court must take into account in dealing with the case.

The position taken up by Professor Bourquin appears to be broadly as follows: as a matter of fact, he admits that there now exists a *de facto* local Government in the enclaves. He insists, however, that the *de facto* Government does not possess any international legal personality because, according to him, it has not been recognized either by India or Portugal or any other State: and that in consequence, its existence is not a matter which is opposable to Portugal in the present case.

I am not at all sure, Mr. President, that recognition of its legal personality is a necessary condition of the existence of the *de facto* Government being a fact opposable to Portugal in the present case. However, I will examine the question of its recognition first.

Professor Bourquin drew attention to a statement in paragraph 16 of our Preliminary Objection where it was stated that "the Goan liberators of Dadra and Nagar Aveli set up an independent administration, with which to this day the Government of India has no relations" and claims that this statement establishes that India had never recognized the *de facto* administration as such. This statement, however, has to be read in its context, which was a very brief introductory explanation of the background to the Preliminary Objection. The purpose of the statement was to emphasize the correctness of the Indian Government's attitude in relation to the new administration and its requests to be absorbed into the Indian Union. If the statement might perhaps have been more precisely phrased, its true meaning was clear enough. India had established no diplomatic or other formal relations with the local Government. It was not intended to convey that no *de facto* local

relations had been established, which would indeed have been a completely absurd statement to make, having regard to the particular circumstances of the enclaves and of the particular situation resulting from the insurrection. It may be added that paragraph 16 has been misinterpreted in this way for the first time in these oral hearings. The question of recognition was not in issue in any way in the Preliminary Objections and it is therefore perfectly natural that it was not until the Counter-Memorial that India referred in a more precise manner to her local *de facto* relations with the Government of the enclaves in their day-to-day matters of administration.

Mr. President and Members of the Court, the statement in paragraph 16 of the Preliminary Objection is still true in the sense which it was intended to have in the Preliminary Objection. The Government of India has still not established any diplomatic or other formal channel of regular relations with the *de facto* Government. On the other hand, it has continued to maintain the local relations with the *de facto* Government which inevitably came into being shortly after the liberation. There has been no such essential change either in the practice or the intent of the Indian Government with respect to its recognition of the *de facto* local Government as my distinguished opponent was suggesting to you. From an early stage the Government of India was bound to recognize that the political authority in the enclaves had been changed, and it did so by authorizing its local officials to deal with the new authorities. What is this but recognition of the new local Government *de facto*? It is characteristic of recognition *de facto* that it is normally to be implied from acts and does not normally assume the shape of formal statements of recognition. My distinguished opponent's thesis that there has been a fundamental change in the course of the proceedings in India's recognition policy with respect to the local Government therefore rests on a complete misconception. I may add that we made Portugal aware at a very early stage of these proceedings that we recognized the Portuguese administration of the enclaves to have come to an end in 1954 and to have been replaced by that of a new local Government. I refer, Mr. President, to the Attorney-General's observations at the hearings on the morning of 8 October 1957—which is on page 235 of the record.

As to Portugal, Mr. President, she recognizes the factual existence of the local Government but not its legal existence in this Court. Day by day we have sat in this Court discussing these questions knowing that thousands of miles away there have also been sitting in the enclaves administrators of the local Government righting the wrongs and remedying the deficiencies, as best they can, of a century and a half of Portuguese maladministration. Yet, as you approach the moment for deciding this case, you are asked by Portugal to shut your eyes tight to these facts and to make a decree leading to the annihilation of this admittedly existing local Government without a thought as to its interests or as to the freedom of the people of the enclaves. Portugal, Mr. President, says that this *de facto* local Government is without any international legal personality and that even if India be held to have recognized that Government, *de facto*, the existence of the Government is not a matter opposable to Portugal. That is, of course, to adopt the constitutive theory of recognition in its extreme form, although today majority opinion is against the constitutive theory, and even exponents of that theory try to mitigate the difficulties to which it leads by admitting a kind of twilight

status, *de facto* contacts or other expedients. If we get ourselves involved in that controversy, Mr. President, we shall never finish the arguments in this case. I therefore propose to confine myself to what I conceive to be the most relevant jurisprudence in the matter before the Court.

When Professor Bourquin stated that the existence of the *de facto* local Government is not a fact which is opposable to Portugal, he probably, I imagine, had in mind the decision of the Permanent Court in the case of certain *German Interests in Upper Silesia*—P.C.I.J., Series A/7—and as that case obviously has a certain interest in this problem, it would, I think, be right for me in any case to deal with it. In that case, Poland was seeking to enforce against Germany the provisions of the Armistice Convention concluded at the end of the first world war, and the Court declined to do so on the ground that Poland had not been recognized by Germany when the Convention was concluded. Dealing with the contention that the Principal Allied Powers had recognized the Polish Armed Forces as an autonomous, allied and co-belligerent army, the Court said: "these facts cannot be relied on as against Germany, which had no share in the transaction". That case, Mr. President, was rather a special one. Poland was seeking to establish a contractual relationship with Germany under a treaty concluded when she did not exist as a State and indeed had no territory, and when Germany had not recognized in any way the autonomous existence even of the Polish Armed Forces. No doubt, Mr. President, absence of any recognition by the other contracting party of international personality of the new entity at the date when a contractual treaty nexus is said to have arisen, may be fatal to establishing rights under the treaty. In the present case, however, the question is the very different one of whether the Court, in deciding a dispute between Portugal and India, must totally ignore a third entity, the existence of which in fact no one denies. Here the entity, unrecognized by Portugal, seeks no rights from Portugal.

The case which we believe to be most apposite is the *Tinoco Concessions Case* which we discussed in paragraph 647 of our Rejoinder. My distinguished opponent, in his speech on 3 October, dismissed the case in a very oblique manner which we find singularly unconvincing. He referred to a dictum of Professor Charles De Visscher that the decision of Chief Justice Taft was based on the idea that the acts of an insurgent Government may be attributed to the State when those acts amount to normal administration of the public services and not to revolutionary political activities on the part of the insurgent Government. I have not yet been able to trace that dictum in the book mentioned by my distinguished opponent. But if he tells the Court that Professor De Visscher made that observation somewhere, I naturally accept his word for it.

I do not, however, think, Mr. President, that our opponents can get rid of the *Tinoco Concessions* so easily. On the point with which we are concerned, the decision of Chief Justice Taft was *not* based on the consideration mentioned by Professor Bourquin. It was based in the most direct and emphatic manner on the consideration that absence of recognition of a *de facto* administration by the parties to a case did not preclude the Court from having regard to the actual facts and giving effect to them. This case could scarcely have been more striking: the concessions had been granted to British subjects by a government which Great Britain had declined to recognize purely for reasons of policy. She *never* recognized it—never recognized it whilst it was alive. But afterwards

she relied on the fact of its existence in order to support the claims of her nationals under the concessions granted by that government. The Chief Justice held both that, for the purposes of international law, the *de facto* Tinoco Government was the Government of Costa Rica at the time in question, and that Great Britain was entitled to rely on that fact despite the absence of recognition. The passage in his judgment which is particularly pertinent to the present case reads as follows:

“The non-recognition by other nations of a government claiming to be a national personality is usually appropriate evidence that it has not attained the independence and control entitling it by international law to be classed as such. But when recognition *vel non* of a government is by such nations determined by inquiry, not into its *de facto* sovereignty and complete governmental control, but into its illegitimacy or irregularity of origin, their non-recognition loses something of evidential weight on the issue with which those applying the rules of international law alone are concerned. What is true of the non-recognition of the United States in its bearing upon the existence of a *de facto* government under Tinoco for thirty months is probably in a measure true of the non-recognition by her Allies in the European War. Such non-recognition for any reason, however, cannot outweigh the evidence disclosed by this record before me as to the *de facto* character of the Tinoco government, according to the standard set by international law.”

In the present case you have a defined territory, an effective local government having the support and obedience of its people, and it has ruled that people now for the best part of five years. We submit that the actuality of the *de facto* Government is really not in question. We therefore submit that the reasoning of the Chief Justice is equally applicable to the present case.

The *Tinoco Case* is the one which we think comes closest to the problem which faces you, Mr. President and Members of the Court. Our opponents made some play with the Court's Advisory Opinion in the *Reparations for Injuries suffered in the Service of the United Nations*, where the legal personality of the United Nations was held to have an objective effect vis-à-vis non-Members, by reason of the collective decision of fifty States. Professor Bourquin said on page 559 of the *compte rendu*:

“It is abundantly clear that the same situation would not exist if the Charter had only been the work of a limited group of States, and *a fortiori* it cannot be contended that, when only one State has recognized the existence of insurrectional *de facto* administration, that that isolated recognition is sufficient to transform that administration into an objective international personality which can be invoked against all States.”

Mr. President, that Opinion surely has only rather an indirect interest for us here. But in any case, I myself, when I heard that observation, wondered whether my distinguished opponent was not getting himself into rather slithery ground. For I remember correctly it was Israel which was the non-Member in question, and when the acts engaging Israel's responsibility occurred, quite a large number of those fifty States, in-

cluding such States as the United Kingdom, had not recognized Israel. Did the Court worry about that point?

We submit, Mr. President, that an international tribunal cannot, and least of all this Court, fail to take account of the existence of a palpably existing *de facto* local government, when it is asked to make a decree having as its direct object the *extinction* of that government.

We also submit that the principal Judicial Organ of the United Nations, when asked to make such a decree, cannot possibly disregard the existence of a local government established as a result of an exercise by the peoples of the territory of their right of self-determination, in order to free themselves from a manifestly alien and oppressive rule.

Finally, I come to the fifth argument, Mr. President. This one is the one that passes under the label of *rebus sic stantibus*. This is the argument that the insurrection and the establishment of the *de facto* local Government are new facts which fundamentally change the basic elements of the situation which is said to have given rise to Portugal's rights of transit across Indian territory to the enclaves. The doctrine of *rebus sic stantibus*, it is true, is particularly associated with treaty obligations. So far as there is any question of a treaty obligation—and we do not think that there is any—the doctrine would be applicable. But we have employed the term *rebus sic stantibus* only as a convenient label to express compendiously the contention we are putting forward. We rely essentially on the fundamental principle, which itself lies at the root of the doctrine of *rebus sic stantibus*. I mean that when the whole basis of a right or the whole basis of a legal situation has vanished, the legal right or the legal situation necessarily also disappears—*cessante ratione legis cessat lex*.

Professor Bourquin professes to find it strange that we only referred to this argument at the end of our Rejoinder and then in what he called "a discreet manner". He professes also to find in this a sudden reversal of Indian policy—a sudden recognition that the new situation in the enclaves is no longer only provisional. He goes too fast, Mr. President, just as he goes too fast when he tries to get India to declare here and now what attitude she may adopt towards this situation next year or the year after or in ten years' time. Our argument here on this fifth argument changes nothing. It merely notes a fact. Nor is our argument a new one, as you will see if you glance at page 235 of the previous oral hearings two years ago. The Attorney-General already there pointed out that the alleged Portuguese right of passage no longer had any reality because there was no longer a Portuguese administration in the enclaves. By saying this, he was not making any pronouncement upon Portugal's title to sovereignty. He was merely underlining the obvious fact that there is no longer any effective exercise of the sovereignty in the enclaves by Portugal, and therefore the claim for rights of passage for the exercise of that sovereignty is meaningless. It is that fact also which is involved in our *rebus sic stantibus* argument.

We submit that the fundamental change which has taken place in the administration of the enclaves has rendered the Portuguese claim to rights of passage now legally meaningless.

Mr. President, I said I would reserve until the end of my speech the question of the dangers of India's public order today. But now I have come here I find there really is very little more for me to say. At this point the needs of India's public order today, of course, affect the case in two ways, one, the justification for India's continued refusals of the

Portuguese requests, and secondly, the claim which we find in our opponent's conclusions to certain forms of injunction. As to the actual question of the dangers to India's public order, as I have said earlier, the dangers which I previously described have not materially lessened with the consolidation of the position of the insurgents in the enclaves. Of course, I am not saying that there has not been a change in the nature of the situation, because the great excitement of the immediate period of the insurrection has of course slightly changed. But, on the other side, you have a very substantial new factor, the people of the enclave have tasted of freedom. And they have lived under a free regime of their own now for some five years, and they have enjoyed, the majority of them, conditions which they did not enjoy before. And we may be certain, Mr. President, that if they heard of a decree from this Court which appears to threaten a resumption of the old regime, a resumption of the old conditions, we may be sure that the spirit of resistance would be aroused and would create a danger to public order certainly no less than existed in 1954. And you have to remember that the people who lie between Daman and the enclaves are intimately connected with the people of the enclaves—the people of Vapi who lie straight in the path between Daman and the enclaves. There is no boundary between the enclaves and this land between. The danger to India's public order is, I think, self-evident, and I will content myself with simply emphasizing that point.

As to the question of the injunctions, Mr. President, I think I really need not trouble you at all, because we have included our comments upon our opponent's claim for injunctions in our own conclusions, and the Attorney-General is ready to submit to you our conclusions and I think it would only waste your time if I were to say anything further about the injunctions. So I have concluded my address, and I thank you, Mr. President.

The PRESIDENT: I call upon the Agent for the Government of India.

Mr. SETALVAD: Mr. President and Members of the Court, we have concluded our oral argument. I have handed over the conclusions¹ on our behalf signed by me on behalf of our Government to the Registry and I have also handed a copy of these conclusions to our learned opponents. If you desire, I shall read those conclusions to the Court.

The PRESIDENT: These conclusions are already in the possession of the Court. It will not therefore be necessary to read them.

¹ See Volume V, Part IV, *Correspondence*, No. 182.

**DISTRIBUTEURS DES PUBLICATIONS DE LA
COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE ¹**

**DISTRIBUTORS OF PUBLICATIONS OF THE
INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE ²**

AFRIQUE DU SUD — SOUTH AFRICA

Van Schaik's Bookstore (Pty.), P.O. Box 724, Pretoria.

ALLEMAGNE — GERMANY

Alexander Horn, Spiegelgasse 9, Wiesbaden.

**AMÉRIQUE (ÉTATS-UNIS D'—) — AMERICA
(UNITED STATES OF —)**

International Documents Service, Columbia University Press, 2960 Broadway, New York 27, N.Y.

AUSTRALIE — AUSTRALIA

Melbourne University Press, Carlton N.3, Victoria.

BELGIQUE — BELGIUM

Agence et Messageries de la Presse S.A., 14-22, rue du Persil, Bruxelles.

CHINE — CHINA

The Commercial Press, Ltd., P.O. Box 302, Peking; 211 Honan Rd., Shanghai.

DANEMARK — DENMARK

Messrs. Einar Munksgaard, Ltd., Nørregade 6, København.

ESPAGNE — SPAIN

Librería José Bosch, Ronda Universidad 11, Barcelona.

FRANCE

Éditions A. Pédone, 13, rue Soufflot, Paris V.

**GRANDE-BRETAGNE (ROYAUME-UNI DE —)
— GREAT-BRITAIN (UNITED KINGDOM
OF —)**

H.M. Stationery Office, P.O. Box 569, London, S.E.1, and H.M.S.O. Shops in London, Belfast, Birmingham, Bristol, Cardiff, Edinburgh and Manchester.

HONG-KONG

Swindon Book Co., 25 Nathan Road, Kowloon.

INDE — INDIA

Oxford Book & Stationery Co., Scindia House, New Delhi, and at Calcutta.

ISRAËL

Blumstein's Bookstores, Ltd., 35 Allenby Road and 48 Nachlat Benjamin Street, Tel-Aviv.

ITALIE — ITALY

Libreria Commissionaria Sansoni, Via Gino Capponi 26, Firenze

JAPON — JAPAN

Maruzen Co., Ltd., 6 Tori-Nichome, Nohonbashi, P.O.B. 605, Tokyo Central.

NORVÈGE — NORWAY

Johan Grundt Tanum Forlag, Kr. Augustgt. 7a, Oslo.

PAYS-BAS — NETHERLANDS

A. W. Sijthoff's Uitgeverijmaatschappij N.V., Doezastraat 1, Leiden.

**RÉPUBLIQUE ARABE UNIE — UNITED ARAB
REPUBLIC**

Librairie «La Renaissance d'Égypte», 9 Sh. Adly Pasha, Le Caire.

SUISSE — SWITZERLAND

Librairie Payot S.A., 1, rue de Bourg, Lausanne, et à Bâle, Berne, Genève, Montreux, Neuchâtel, Vevey et Zurich.

Librairie Hans Raunhardt, Kirchgasse 17, Zurich 1.

Pour les autres pays, prière de s'adresser soit au distributeur local des publications des Nations Unies, soit à la *Section des ventes de l'Office européen des Nations Unies, Palais des Nations, Genève (Suisse)*.

In other countries, orders should be addressed to the local Distributor for United Nations publications, or to the *Sales Section of the European Office of the United Nations, Palais des Nations, Geneva (Switzerland)*.

¹ Pour les publications de la *Cour permanente de Justice internationale* (1922-1946), qui a précédé la Cour internationale de Justice, prière de s'adresser à la société d'éditions A. W. Sijthoff, Doezastraat 1, Leyde (Pays-Bas).

² With regard to publications of the *Permanent Court of International Justice* (1922-1946), of which the International Court of Justice is the successor, all requests should be addressed to A. W. Sijthoff's Publishing Company, Doezastraat 1, Leyden (Netherlands).

This volume should be quoted as:

*"I.C.J. Pleadings, Case concerning Right of Passage over
Indian Territory (Portugal v. India), Vol. V."*

Le présent volume doit être cité comme suit:

*«C. I. J. Mémoires, Affaire du droit de passage sur
territoire indien (Portugal c. Inde), vol. V.»*

<p>Sales number N° de vente : 276</p>
--

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

CASE CONCERNING
RIGHT OF PASSAGE OVER
INDIAN TERRITORY
(PORTUGAL *v.* INDIA)

(General List No. 32—Judgments of 26 November 1957
and 12 April 1960)

VOLUME V

Oral Arguments (Merits) (concl.).—Correspondence.—Index



COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

AFFAIRE DU
DROIT DE PASSAGE
SUR TERRITOIRE INDIEN
(PORTUGAL c. INDE)

(Rôle général n° 32 — Arrêts du 26 novembre 1957
et du 12 avril 1960)

VOLUME V

Plaidoires (Fond) (suite et fin). — Correspondance. — Index



1960

CONTENTS¹ — TABLE DES MATIÈRES²PART II.—ORAL ARGUMENTS (*concluded*)DEUXIÈME PARTIE. — PLAIDOIRIES (*fin*)SECTION B.—ORAL ARGUMENTS CONCERNING THE MERITS AND THE PRELIMINARY OBJECTIONS JOINED TO THE MERITS (*concluded*)SECTION B. — PLAIDOIRIES RELATIVES AU FOND ET AUX EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES JOINTES AU FOND (*fin*)ANNEX TO THE MINUTES (*concluded*).ANNEXE AUX PROCÈS-VERBAUX (*fin*)

	Page
18. Déclaration de M. Galvão Telles (Portugal) (24 x 59)	5
19. Réplique de M. M. Bourquin (Portugal) (24-26 x 59)	7
20. Réplique de M. Galvão Telles (Portugal) (27-29 x 59)	49
21. Réplique de M. M. Bourquin (Portugal) (<i>suite</i>) (29-30 x 59)	110
22. Réplique de M. Galvão Telles (Portugal) (<i>suite</i>) (30-31 x 59)	139
23. Statement of Shri M. C. Setalvad (India) (3 XI 59)	157
24. Duplique de M. H. Rolin (Inde) (3-4 XI 59)	158
25. Rejoinder of Shri M. C. Setalvad (India) (4-6 XI 59)	210
26. Duplique de M. H. Rolin (Inde) (<i>suite</i>) (5-6 XI 59)	230
27. Statement of Shri M. C. Setalvad (India) (6 XI 59)	262

PART III.—DOCUMENTS SUBMITTED TO THE COURT AFTER THE CLOSURE OF THE WRITTEN PROCEEDINGS

[*No documents were submitted*]

TROISIÈME PARTIE. — DOCUMENTS PRÉSENTÉS A LA COUR APRÈS LA FIN DE LA PROCÉDURE ÉCRITE

[*Aucun document n'a été présenté*]

¹ The page references originally appearing in the oral arguments have been altered to correspond with the pagination of the present edition. Where the reference is to another volume of the present edition, the volume is indicated by a figure in heavy roman type.

² Les renvois d'une plaidoirie à l'autre ont été modifiés pour tenir compte de la pagination de la présente édition. Lorsqu'il s'agit d'un renvoi à un autre volume de la présente édition, un chiffre romain gras indique le numéro de ce volume.

PART IV.—CORRESPONDENCE

QUATRIÈME PARTIE. — CORRESPONDANCE

	Page
Nos. 1-203	268
English index	389
Index français	403

PART II

ORAL ARGUMENTS

PUBLIC HEARINGS

*held at the Peace Palace, The Hague, from 23 September to 11 October
and on 26 November 1957 (Preliminary Objection), the President,
Mr. Hackworth, presiding,
and from 21 September to 6 November 1959 and on 12 April 1960
(Merits), the President, Mr. Klaestad, presiding
(concluded)*

DEUXIÈME PARTIE

PLAIDOIRIES

AUDIENCES PUBLIQUES

*tenues au Palais de la Paix, La Haye, du 23 septembre au 11 octobre
et le 26 novembre 1957 (exception préliminaire), sous la présidence de
M. Hackworth, Président,
et du 21 septembre au 6 novembre 1959 et le 12 avril 1960 (fond),
sous la présidence de M. Klaestad, Président
(fin)*

SECTION B

ORAL ARGUMENTS CONCERNING THE MERITS
AND THE PRELIMINARY OBJECTIONS JOINED
TO THE MERITS

PUBLIC HEARINGS

*held from 21 September to 6 November 1959 and on 12 April 1960,
the President, Mr. Klaestad, presiding
(concluded)*

SECTION B

PLAIDOIRIES RELATIVES AU FOND ET AUX
EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES JOINTES AU FOND

AUDIENCES PUBLIQUES

*tenues du 21 septembre au 6 novembre 1959 et le 12 avril 1960,
sous la présidence de M. Klaestad, Président
(suite et fin)*

ANNEX TO THE MINUTES (cont.)
ANNEXE AUX PROCÈS-VERBAUX (suite)

18. DÉCLARATION DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)

A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 24 OCTOBRE 1959, MATIN

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Avant tout je ne peux manquer de vous exprimer combien le Gouvernement portugais et ses conseils sont émus de savoir sir Hersch Lauterpacht souffrant et combien vivement ils souhaitent son prompt et complet rétablissement.

En reprenant la parole pour la réplique portugaise, il y aurait en ce moment pour nous, avocats du Portugal, une espèce de tentation à suivre *pari passu* les arguments de nos éminents contradicteurs, à les réfuter un à un, point par point. Nous n'éprouverions pas à nous engager dans cette voie l'ombre d'une difficulté.

Mais ceci n'est nullement nécessaire, et nous ne le ferons donc pas, uniquement pour ne pas dérober inutilement à la Cour un temps précieux.

Nous avons eu le soin, lors de notre première intervention, qui a rempli un total de 25 séances, de présenter dès l'abord l'ensemble de notre argumentation, dégagée des minuties qui nous ont paru négligeables, mais dans toute l'ampleur requise par les circonstances. Nous nous sommes efforcés de développer, suivant un plan bien défini, une argumentation complète et toujours documentée. Nous avons cherché à permettre ainsi à la Cour de former son jugement sur les raisons qui forment le bon droit de notre cause.

Les ultimes paroles de la réponse des conseils de l'Union indienne prononcées, nous croyons sincèrement que la position portugaise subsiste intacte.

Ceci nous dispense de longs développements. Nous nous efforcerons donc d'être aussi brefs que possible. Nous nous efforcerons de faire ressortir quelques-uns des aspects les plus saillants de notre argumentation et de critiquer les principales nouvelles objections soulevées contre elle.

Pour tout le reste, nous appelons respectueusement la bienveillante attention de la Cour sur ce que nous avons déjà dit précédemment.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il ne me reste plus qu'à indiquer le programme qui sera suivi, pour leur réplique, par les avocats du Portugal.

Dans la première phase de nos plaidoiries, une fois terminée l'introduction et l'exposition sur l'objet du litige, nous avons continué par l'exposé soigneux des faits et leur interprétation, depuis le milieu du XVIII^{me} siècle jusqu'à nos jours.

Dans cette seconde phase, les faits les plus importants étant présents à notre mémoire à la suite de cet exposé, nous pouvons suivre et nous suivrons un ordre différent dans la présentation des matières.

C'est ainsi qu'après cette brève introduction, l'ordre suivant sera adopté:

- Objet du litige
- Titres généraux, y compris la cinquième exception
- Période mahratte
- Convention
- Période britannique
- Coutume locale
- Période post-britannique
- Manquements de l'Inde
- Effet des circonstances présentes sur l'exercice du droit de passage
- Sixième exception.

M. le professeur Bourquin traitera de l'objet du litige, des titres généraux, y compris la cinquième exception, des manquements de l'Inde, des effets des circonstances présentes sur l'exercice du droit de passage.

En ce qui me concerne, je m'occuperai de la période mahratte, de la période britannique, de la période post-britannique, des titres particuliers, de la sixième exception.

Aussi, avec votre autorisation, Monsieur le Président, M. le professeur Maurice Bourquin me succédera à la barre afin de commencer, dans l'ordre indiqué, l'exposition des matières que j'ai énumérées.

19. RÉPLIQUE DE M. M. BOURQUIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 24 ET 26 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 24 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Je me propose, dans ma réplique, de résumer brièvement les points essentiels du débat, et de répondre d'une manière plus détaillée à certaines objections qui ont été présentées par la Partie adverse dans ses plaidoiries.

Parmi ces objections, il y en a un certain nombre qui concernent le droit revendiqué par le Portugal, la portée de ce droit, sa nature et ses limites.

M. le professeur Rolin, qui s'est particulièrement occupé de cette question, a signalé la longueur des développements que nous y avons consacrés, tant dans nos écritures que dans nos plaidoiries; et il a attribué cette longueur aux incertitudes et aux variations de notre pensée.

Or, si le fait en lui-même est exact, l'explication ne l'est pas. Ce qui nous a obligés à donner une telle ampleur à ces développements, ce sont les erreurs d'interprétation de l'Inde et je puis dire que c'est aussi l'obstination qu'elle a mise à persévérer dans ses erreurs.

Quand nous avons reçu ses exceptions préliminaires, il nous est apparu immédiatement que le Gouvernement indien se méprenait sur la portée de notre demande et qu'il nous attribuait des intentions que nous n'avions jamais eues.

Nous avons donc rectifié en mettant autant que possible les points sur les « i ».

Nous l'avons fait dans nos observations écrites et nous l'avons fait à la barre.

Mais comme il n'y a pire sourd que celui qui ne veut entendre, les erreurs initiales de l'Inde ont reparu dans son contre-mémoire.

Il a donc fallu recommencer la mise au point dans notre réplique, et malgré cela, nous avons retrouvé dans la duplique indienne presque toutes les erreurs d'interprétation que révélait la lecture des exceptions préliminaires.

Nous avons précisé une fois de plus en plaidant ce que nous avions déjà dit à plusieurs reprises et nos conclusions écrites l'ont confirmé à nouveau.

Il est manifeste que depuis le début le Gouvernement de l'Inde s'efforce systématiquement de gonfler la demande du Portugal, de la pousser dans tous les sens, au-delà de ses véritables limites et, par conséquent, de la déformer complètement pour trouver le moyen de la combattre.

Le professeur Rolin a dit à l'audience du 9 octobre que nous nous trouvions en présence d'une construction bizarre avec de fausses fenêtres, a-t-il dit, de fausses cheminées, des colonnes en stuc, peintes en marbre. C'est parfaitement exact. Seulement cette architecture compliquée et pleine de trompe-l'œil, c'est de l'art indien qu'elle relève et non de l'art portugais.

Que demandons-nous? Un droit de passage. C'est dit expressément dans la requête. N'empêche que l'Inde s'est efforcée de transformer ce droit de passage en un droit d'accès, d'où nécessité pour nous de rectifier en insistant sur la différence essentielle qui existe entre un droit d'accès et un droit de passage.

Ce droit de passage ou de transit, nous n'avons jamais demandé qu'il fût soustrait à la compétence territoriale de l'Inde. Nous avons toujours admis au contraire que les personnes et les biens en transit restaient soumis à cette compétence et que l'Inde avait le droit de réglementer leur passage, de le subordonner à des conditions et restrictions. Tout ce que nous prétendons, c'est que la compétence de l'Inde n'est pas discrétionnaire, c'est qu'il y a une limite qu'elle ne peut pas franchir, cette limite étant marquée par l'obligation de ne pas empêcher l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

Malgré les précisions répétées que nous avons données à cet égard, l'Inde prétend que notre demande va plus loin et que nous voulons en réalité soustraire le transit à la souveraineté indienne.

Sa thèse, depuis le début de la procédure, c'est que, malgré nos déclarations, nous voulons faire échec à cette souveraineté, comme nous voulons faire échec à ce pouvoir réglementaire, à ce contrôle administratif et juridictionnel.

Où a-t-elle trouvé, dans les pièces de la procédure, la justification de son point de vue?

Qu'on lise notre requête. On n'y trouve rien de semblable. On y trouve au contraire la condamnation indiscutable d'une telle interprétation.

La requête énonce brièvement les titres sur lesquels le Portugal appuie sa demande. Et parmi ces titres figure :

« La *coutume locale* observée paisiblement et sans interruption depuis le début de la souveraineté portugaise sur lesdits territoires jusqu'à une date aussi récente que juillet 1954, lorsque se sont produits les événements relatés plus haut. » (Paragraphe 20 *b*) de la requête.)

Et dans le mémoire, voici ce qu'on lit au paragraphe 50 :

« Le transit entre Damão et les enclaves, ou entre les enclaves elles-mêmes, correspond à un usage ancien, continu, uniforme, observé comme un droit de l'État portugais et comme une obligation de l'État limitrophe. »

Il est indiscutable par conséquent que le Portugal, en énonçant sa demande dans la requête et dans le mémoire, s'est basé sur la pratique locale; qu'il s'est référé à l'usage qui a été observé sans interruption depuis le XVIII^{me} siècle jusqu'au moment où l'Inde a rompu avec lui.

Or cet usage, comment se présente-t-il? Est-il conforme à la thèse de nos adversaires, d'après laquelle le transit portugais serait soustrait à la compétence territoriale de l'Inde? Pas le moins du monde. Le Portugal a toujours admis au cours de cette longue pratique que les personnes et les biens en transit étaient soumis à la souveraineté indienne.

Si le Portugal avait eu l'intention de demander aujourd'hui un régime différent, il est clair qu'il ne se serait pas appuyé sur cette pratique de plus d'un siècle et demi pour justifier sa demande. Cela aurait été de sa part une absurdité, puisqu'il aurait ainsi fourni au Gouvernement de l'Inde une arme puissante contre sa nouvelle prétention. Pour combattre

cette prétention nouvelle, il aurait suffi à l'Inde de répondre « mais voyez ce qui s'est fait! voyez ce que fut cette longue pratique que vous invoquez! elle détruit votre thèse! ».

Comme j'ai eu l'occasion de le dire à de nombreuses reprises, ce que le Portugal demande aujourd'hui, ce n'est rien d'autre que la continuation de la pratique ancienne.

Il suffit donc de lire la requête et le mémoire pour être convaincu que le droit de passage revendiqué par le Portugal reste subordonné dans son exercice à la compétence territoriale de l'Inde. Seulement, cela ne faisait pas le compte de nos adversaires. Il leur fallait trouver à tout prix le moyen de démontrer que, contrairement à nos déclarations les plus catégoriques, nous voulions soustraire le transit portugais à la compétence réglementaire, administrative et juridictionnelle de l'Inde.

Pour tenter cette démonstration, il ont eu recours à deux procédés.

Le premier procédé — qui a été longuement utilisé au cours des exceptions préliminaires — consistait à soutenir que le droit de passage revendiqué par le Portugal constituait une servitude internationale.

Or, nous avons pris soin, dans notre mémoire, de répudier à l'avance toute confusion entre l'objet de notre demande et la théorie des servitudes. Nous l'avons fait parce que cette théorie, qui est des plus confuses en droit international, ne peut conduire à rien, comme le professeur Guggenheim le dit avec raison dans son *Traité de droit international public* (tome I, p. 396). Mais nous l'avons fait aussi parce que certains auteurs comprennent la servitude internationale comme impliquant un démembrement de la souveraineté de l'État de transit. Or, précisément, nous voulions éviter toute interprétation de ce genre. Comme il n'entre aucunement dans les intentions du Portugal de soustraire les personnes et les biens en transit à la souveraineté de l'Inde, nous avons toutes raisons d'affirmer, dès le début, que notre droit n'avait rien de commun avec la notion de servitude. Il a fallu bien des efforts pour écarter, sur ce point, la thèse de nos adversaires.

L'appel à la théorie des servitudes internationales offrant peu d'espoir, on a cherché un autre point d'appui. Et on a cru le trouver dans l'affirmation que, malgré nos déclarations catégoriques, le droit de passage que nous revendiquons comporterait des immunités au profit des personnes et des biens en transit. Nous n'avons pas cessé de dire qu'il n'en est rien. Mais qu'à cela ne tienne: on allait prouver que nous étions dans l'erreur.

Il est intéressant d'observer l'attitude qui a été prise à cet égard par nos estimés contradicteurs. Car cette attitude a passé par deux phases distinctes.

La première phase, c'est celle des exceptions préliminaires. Dans cette première phase, les conseils de l'Inde ont soutenu, d'une manière générale, qu'un droit de transit comporte nécessairement des immunités. Ils ont soutenu qu'un droit de transit qui ne serait pas fortifié par certaines immunités n'aurait aucune valeur et ne se concevrait pas pratiquement. C'est ce que le professeur Guggenheim a exposé le 27 septembre 1957 (procédure orale, IV, p. 97).

Nous avons répondu à cette affirmation que le droit de transit et les immunités qui y sont ajoutées dans certains cas ne se confondent pas, qu'il y a là deux notions distinctes et que le transit peut parfaitement être reconnu comme un droit sans être accompagné d'immunités (procédure orale, IV, p. 178).

Ce que je tiens à faire observer, c'est que, jusque-là, il n'avait pas été question de ce qui allait devenir plus tard le grand argument de la Partie adverse, à savoir: l'existence, en vertu du droit commun, d'une immunité spéciale couvrant les forces armées.

L'argument qu'on tire aujourd'hui de l'étude publiée par Barton dans le *British Year Book of International Law*, cet argument-là n'avait pas encore fait son apparition. C'est dans le contre-mémoire du mois de mars 1958 qu'il a été présenté pour la première fois, et c'est sur lui, depuis lors, que la thèse adverse est concentrée. J'ai déjà eu l'honneur d'y répondre, mais l'exposé qui a été fait à la barre par le professeur Rolin m'oblige à revenir sur la question.

La thèse de Barton a été présentée dans deux articles parus dans le *British Year Book* de 1949 et de 1950.

De quoi s'agit-il exactement? Il s'agit de troupes qui sont *en visite* dans un pays étranger. Il s'agit de « *visiting forces* ». C'est l'expression même qui est employée par Barton; et l'auteur prend soin de préciser que son étude concerne uniquement cette hypothèse. Il s'agit, écrit-il, de forces qui *séjournent* sur le territoire de l'État local et qui y sont venues *sur son invitation* (p. 380). Et l'auteur ajoute (p. 382):

« Nous nous occupons uniquement de la situation d'une force étrangère qui visite l'État local, avec son plein et libre consentement *et à la suite d'une invitation qui n'a pas été sollicitée.* »

C'est clair. Il ressort immédiatement de ces précisions que la théorie de Barton ne concerne pas l'hypothèse devant laquelle nous nous trouvons dans l'espèce actuelle. Car les forces portugaises qui seraient amenées à traverser les quelques kilomètres de territoire indien séparant Damão des enclaves ne seraient pas des « *visiting forces* ». Ce ne seraient pas des troupes *séjournant* en territoire indien *à la suite d'une invitation non sollicitée*. Ce seraient des forces qui traverseraient un territoire étranger en vertu d'un droit de transit. Et l'autorisation de passage qui leur aurait été donnée par le souverain local ne constituerait évidemment pas une « invitation non sollicitée ».

Voilà qui est déjà suffisant pour établir que les conclusions tirées par l'Inde de l'article de Barton ne s'appliquent pas à la question litigieuse. Malgré cela, il est bon de constater que pour ces « *visiting forces* », Barton n'est aucunement d'avis qu'elles jouiraient d'une immunité générale de juridiction. L'immunité dont elles peuvent se prévaloir, d'après lui, est très limitée. Elle est limitée aux matières de discipline et d'administration intérieure (p. 412). Il ne s'agit donc pas d'une immunité de juridiction pénale mais simplement d'une immunité concernant les questions de discipline intérieure. Et Barton explique que cette immunité trouve sa justification dans l'invitation qui a été adressée par l'État local aux troupes en question. L'immunité n'est aucunement justifiée par le fait que ces troupes incarneraient une souveraineté étrangère. Le juge Marshall avait fondé sa décision de 1812 dans l'affaire du *Schooner Exchange* sur ce caractère représentatif des forces étrangères. Aussi assimilait-il, au point de vue de l'immunité, les forces en question aux chefs d'État et aux diplomates.

Mais Barton se sépare complètement de lui sur ce point. Le principe énoncé par le juge Marshall, dit-il, est peut-être satisfaisant comme base de l'immunité des souverains et des diplomates; mais il ne l'est pas dans le cas dont je m'occupe.

Le professeur Rolin a dit que j'avais manifesté un certain dédain pour la décision du juge Marshall. J'ai le plus grand respect — ai-je besoin de le dire — pour cet éminent jurisconsulte, mais sa décision remonte à 1812 et elle touche à une matière, celle de l'immunité des États étrangers, où les idées ont considérablement évolué depuis lors.

Le Gouvernement de l'Inde va-t-il plus loin que Barton? Affirme-t-il qu'il y aurait, en vertu du droit international commun, une immunité dépassant les limites tracées par Barton?

Certainement non, si on considère ce qu'il a déclaré dans la procédure écrite.

Voici ce qui est dit au paragraphe 257 de son contre-mémoire:

« Le droit coutumier attribue-t-il aux troupes étrangères d'autres immunités à la juridiction locale; et lesquelles? Ce point est si controversé et l'ensemble de la question du régime juridique applicable aux troupes étrangères est si délicate, que tout cela est invariablement réglé par des accords spéciaux. »

Et au paragraphe 513 de sa duplique, nous trouvons la confirmation de cette opinion.

Après avoir constaté que certains auteurs vont plus loin que Barton, le Gouvernement indien précise:

« que ce point de vue est controversé et que le régime juridique des troupes étrangères est une question si délicate qu'en pratique elle est toujours résolue par un accord exprès ».

Le Gouvernement indien fait donc sienne l'opinion de Barton, mais il ne va pas plus loin. Il constate que, passé les limites fixées par Barton, il n'y a plus de règles établies, que tout est si incertain et si controversé qu'on a toujours recours à des accords particuliers.

Nous ne sommes donc plus dans le domaine du droit commun, dans le domaine de la règle coutumière.

Telle est l'opinion énoncée très nettement, comme je viens de le montrer, par le Gouvernement de l'Inde, à la fois dans son contre-mémoire et dans sa duplique.

J'ai constaté avec une certaine surprise qu'elle n'était pas partagée par le professeur Rolin. Pour lui, en effet, il existerait une immunité de juridiction pénale et non pas seulement disciplinaire, et cela en faveur des troupes se trouvant en pays étranger et non seulement en faveur des troupes invitées à séjourner dans ce pays. C'est ce qu'il a dit à l'audience du 10 octobre (compte rendu, IV, p. 647). La thèse énoncée à la barre par le professeur Rolin ne concorde donc pas avec celle qui est énoncée par le Gouvernement indien dans ses écritures. Il est vrai que dans les conclusions qu'il a déposées au cours de la dernière audience le Gouvernement indien *semble* se rallier à l'opinion du professeur Rolin. On peut lire en effet dans ces conclusions qu'une immunité s'attache nécessairement à des forces militaires armées en raison de leur caractère d'organe de la puissance publique. Nous sortirions ainsi complètement de la thèse de Barton précédemment admise par l'Inde elle-même dans ses écritures.

Je ne puis constater qu'une chose, c'est que la conception que l'on se fait à ce sujet de l'autre côté de la barre paraît extrêmement confuse et extrêmement mobile.

Qu'il me soit permis de relever à ce propos un passage du traité d'Oppenheim-Lauterpacht, *International Law*; il confirme entièrement la thèse de Barton et dans les limites que celui-ci lui a données.

Au paragraphe 445 de la 8^{me} édition de ce traité, il est dit (pp. 848-849) :

« l'opinion qui a l'appui de l'ensemble de la pratique est qu'en principe les membres des « *visiting forces* » sont soumis à la *juridiction criminelle des tribunaux locaux*, et que toute dérogation à ce principe exige l'accord spécifique de l'État local, par traité ou autrement ».

Comme la Cour le voit, l'opinion d'Oppenheim-Lauterpacht, dans la huitième édition, concorde absolument avec celle de Barton; elle accepte les limites tracées par Barton et elle rejette l'idée qui a été développée par le professeur Rolin et plus ou moins reprise dans les conclusions formelles de la Partie adverse.

Que conclure de tout cela? Évidemment que l'existence d'une immunité assurée aux forces portugaises en transit par le droit international commun n'a été aucunement démontrée, même dans le cadre étroit de la juridiction disciplinaire, puisque pour Barton l'exemption de la juridiction disciplinaire n'existe qu'en faveur des forces en visite, des « *visiting forces* », et que dans le cas qui nous occupe il ne s'agit pas de *visiting forces*.

Nous pourrions nous arrêter là. Mais, comme la Cour le sait, nous n'hésitons pas à déclarer que, dans l'hypothèse où, contrairement à ce que nous affirmons, la règle énoncée par Barton nous serait applicable, nous n'en demanderions pas l'application. Les conclusions prises à la barre par le Gouvernement portugais confirment une fois de plus que nous ne demandons aucune immunité; elles précisent que nous n'en demandons ni directement, ni indirectement. Je ne crois pas qu'il puisse y avoir de doute sur la portée de cette déclaration.

Quant à dire qu'elle n'a d'effet que pour l'avenir et qu'en 1954, lorsque l'Inde a refusé au Portugal le passage qu'il lui demandait, c'était un passage avec immunité qu'elle refusait — je doute qu'on puisse vraiment attacher la moindre valeur à cette affirmation.

Il n'y a jamais eu d'immunité. Il n'y en avait pas plus en 1954 qu'aujourd'hui. Pendant la longue expérience que nous avons faite du droit de passage depuis que les enclaves portugaises existent, peut-on citer un seul cas où la question d'une immunité de juridiction se serait posée à propos des éléments de la force publique traversant le territoire indien? Et pourtant, ce passage a eu lieu fréquemment. A chaque instant, des agents de police et des soldats portugais ont traversé le territoire indien pour se rendre dans les enclaves ou pour en revenir.

Quand a-t-on soulevé, au cours de cette longue période, la question d'une immunité dont ces agents de police et ces soldats jouiraient? Personne n'a même songé à le faire.

Nous sommes, une fois de plus, devant une de ces chimères sur lesquelles le Gouvernement de l'Inde se rabat, parce qu'il ne trouve rien d'autre à nous opposer.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il y a un autre point auquel le professeur Rolin a consacré certains développements: c'est la limite du droit de passage, ce qu'il a appelé son *volume*.

Comme nous l'avons exposé à de nombreuses reprises et comme nos conclusions le confirment, le Portugal ne revendique un droit de transit que pour assurer l'exercice de sa souveraineté dans les enclaves et dans la mesure nécessaire à l'exercice de cette souveraineté. M. le professeur Rolin a fait valoir à ce sujet deux objections.

La première objection consiste à dire que cette limitation ne figurait pas dans notre demande initiale, qu'elle aurait donc été introduite en cours d'instance.

La deuxième objection consiste à dire que, si les besoins inhérents à l'exercice de notre souveraineté circonscrivent notre droit de passage, celui-ci ne concernerait pas le transit des personnes privées et des biens, alors cependant que nous affirmons le contraire. Je crois nécessaire de répondre à ces deux objections.

La première objection se rapporte donc au moment où nous avons formulé cette limitation de notre droit de passage. Le professeur Rolin prétend qu'elle aurait été introduite en cours d'instance.

Quelle conclusion en tire-t-il? Le Gouvernement indien prétend-il que, si le fait était exact, nous aurions agi contrairement à notre droit et que les conclusions que nous avons prises à la barre ne pourraient pas être retenues à cet égard comme expression valable de l'objet du litige? Il se garde bien de le faire. Et, s'il le faisait, il n'y a aucun doute que pareille prétention devrait être écartée. Il est en effet de jurisprudence constante que les conclusions initiales peuvent être modifiées et qu'elles peuvent l'être jusqu'à la fin de la procédure orale, à deux conditions. La première, c'est que s'il s'agit d'une modification importante, l'autre Partie ait eu la possibilité de présenter ses commentaires sur les conclusions amendées et la seconde condition, c'est que le demandeur n'introduise pas ainsi un nouveau litige.

Mais, si les amendements apportés aux premières conclusions ne font que réduire la prétention initiale du demandeur, que diminuer l'étendue de sa revendication, il n'est pas douteux qu'elles sont parfaitement valables.

La Cour s'est prononcée, à plusieurs reprises, sur cette question, et je me permets de rappeler que M. le juge Read a résumé sa jurisprudence dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt du 6 juillet 1957 dans *l'Affaire relative à certains emprunts norvégiens*. (C. I. J. Recueil 1957, pp. 80, 81.)

Il est donc certain que si le Portugal avait réduit en cours d'instance l'objet de sa demande, en limitant le droit de passage qu'il revendique, la Partie adverse ne pourrait pas contester la validité de ses conclusions amendées. Elle pourrait d'autant moins le faire qu'elle aurait eu amplement le loisir de les commenter.

Comme je le signalais d'ailleurs il y a un instant, le Gouvernement de l'Inde se garde bien de s'opposer à ce prétendu amendement. Il reconnaît au contraire expressément, il l'a reconnu par l'organe du professeur Rolin, que c'est sur les conclusions finales que la Cour aura à se prononcer (compte rendu, IV, p. 632).

Nous pourrions à la rigueur nous borner à faire cette constatation. Mais nous ne voudrions pas donner l'impression, en faisant valoir cet argument, que nous acceptons en fait le reproche d'inconstance qui nous est ainsi adressé.

Il est clair, me semble-t-il, pour tout esprit non prévenu, que le Portugal n'a jamais compris le droit de passage qu'il revendique comme un droit sans limite. Il est clair que ce droit n'a jamais été revendiqué qu'en raison des nécessités inhérentes à l'exercice de la souveraineté portugaise à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Comme j'ai eu l'occasion de le souligner dans ma première plaidoirie, la solidarité qui existe entre l'obligation de l'Inde et les besoins de la

souveraineté portugaise dans les enclaves, cette solidarité est mise en plein relief dans la requête introductive d'instance. On y insiste; on y revient à chaque instant. Inutile de répéter ce que j'ai dit à ce sujet à l'audience du 23 septembre (compte rendu, IV, pp. 327-328).

Mais, déclare le professeur Rolin, vous n'avez pas dit expressément dans le texte de cette requête que l'exercice de votre souveraineté limitait l'étendue de votre droit. Vous avez bien dit que c'est en raison de cette souveraineté que vous revendiquiez un droit de passage; vous avez dit que l'exercice de votre souveraineté dans les enclaves était le but, était la raison d'être de votre prétention. Mais vous n'avez pas dit *expressis verbis* que c'en était aussi la limite.

Messieurs, l'expression « de la manière et dans la mesure requises par l'exercice effectif de la souveraineté portugaise », cette expression figure bel et bien dans le texte de la requête. C'est dans ces termes que se trouve libellé le premier objet des conclusions: celui qui est énoncé sous la lettre a) et qui concerne le droit revendiqué par le Portugal.

Le professeur Rolin interprète, il est vrai, cette expression comme se rapportant uniquement au passage des forces armées et comme ne concernant pas les autres aspects du droit de passage. Mais c'est là une interprétation que le texte ne commande aucunement.

Et j'ajoute que cette interprétation restrictive n'est pas seulement en désaccord avec l'ensemble de la requête, mais qu'elle est en désaccord aussi avec l'attitude observée par le Gouvernement portugais antérieurement au dépôt de la requête. Elle est en désaccord avec l'ensemble de la requête puisque celle-ci, comme je viens de le rappeler, souligne, avec une insistance particulière, la solidarité qui existe entre le droit que nous revendiquons et les nécessités inhérentes à l'exercice de notre souveraineté dans les enclaves. C'est un fait que l'on ne peut pas contester, c'est un fait qu'aucune interprétation ne peut dissimuler.

Or, tout le monde sait que le but, la raison d'être d'un droit, constitue un élément essentiel pour déterminer la portée de ce droit.

Dans la théorie de l'abus de droit, par exemple, le but est souvent l'élément décisif — l'usage d'un droit étant considéré comme illicite quand ce droit est utilisé dans un autre but que celui pour lequel il a été admis.

Et dans la théorie du détournement de pouvoir, qui a été si remarquablement élaborée par le conseil d'État français, il en est exactement de même, l'usage d'une compétence étant jugé illicite quand cette compétence est détournée du but en vue duquel elle a été attribuée.

Je crois inutile d'insister davantage sur ce point. La prétention d'après laquelle la limitation du droit de passage revendiqué par le Portugal n'apparaîtrait pas dans la requête, cette prétention est inadmissible.

Elle se heurte également à ce qui ressort de l'examen de l'attitude antérieure du Portugal. Et, à ce propos, je me permets de rappeler à la Cour ce que fut cette attitude dans les premiers mois de 1954, alors que les communications entre Damão et les enclaves n'étaient pas encore coupées, mais devenaient plus difficiles en raison des entraves croissantes que le Gouvernement de l'Inde y apportait.

J'ai eu l'occasion de signaler cette attitude au cours de ma première plaidoirie. Je me borne à la rappeler.

Le Gouvernement portugais n'a pas déclaré, à ce moment-là, que les droits étaient violés, parce que l'exercice de sa souveraineté dans les enclaves était encore possible. Mais il a attiré l'attention de l'Inde sur le

fait que les difficultés actuelles de passage changeraient de caractère et engageraient gravement la responsabilité indienne, si des circonstances survenaient qui obligeraient l'administration des enclaves à prendre des mesures urgentes et exceptionnelles.

N'est-ce pas marquer très clairement que le droit de passage revendiqué par le Portugal trouve non seulement sa raison d'être mais sa limite dans les nécessités inhérentes à l'exercice de la souveraineté?

Il me paraît donc impossible de soutenir raisonnablement que le Portugal aurait revendiqué initialement un droit illimité et qu'il aurait songé plus tard à enfermer ce droit dans des bornes plus restreintes.

Au surplus, je le répète, même s'il y avait eu de la part du Portugal un glissement de ce genre, il n'affecterait en rien la valeur des conclusions que nous avons eu l'honneur de prendre à la barre.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le droit de passage du Portugal et les obligations corrélatives de l'Inde trouvent donc une limite dans la nécessité de ne pas empêcher le Portugal d'exercer sa souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Mais alors surgit la deuxième objection formulée par le professeur Rolin — et qui a trouvé son écho dans la plaidoirie du professeur Guggenheim.

Si votre droit est limité à ce qui est nécessaire pour l'exercice de la souveraineté, dit-on, on ne comprend plus que ce droit de passage concerne les personnes privées et les biens. On comprend qu'il s'applique aux fonctionnaires et aux agents de la force publique, mais qu'est-ce que les personnes privées et qu'est-ce que les biens ont à voir dans l'exercice de la souveraineté? Or vous dites clairement dans votre requête, et vous n'avez cessé de répéter, que votre revendication concerne également les personnes et les biens.

Cette objection — qui est reprise d'ailleurs dans les conclusions du Gouvernement indien — m'a, je dois le dire, vivement surpris. Elle me paraît s'inspirer d'une conception tout à fait inadmissible de la souveraineté.

Dire que la souveraineté d'un État s'étend à une région déterminée, cela signifie évidemment que cette région, avec sa population et les biens qui s'y trouvent, est soumise à l'ordre juridique de cet État.

L'État se caractérise par son ordre juridique.

Si la Norvège, par exemple, est un État distinct de la Suède, ce n'est pas seulement parce qu'il y a un gouvernement, une armée, un corps de fonctionnaires norvégiens distincts de ceux de la Suède. C'est parce qu'il existe un ordre juridique norvégien, qui ne se confond pas avec l'ordre juridique suédois. Et cet ordre juridique s'applique à l'ensemble de la vie collective. Il ne régit pas seulement l'activité des organes et des agents de l'État, il régit également celle des personnes privées et il régit les biens qui se trouvent sur le territoire de l'État. Cet ordre juridique ne comporte pas seulement un droit public, mais aussi un droit pénal, un droit civil, un droit commercial.

Dire que les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli relèvent de la souveraineté portugaise, cela signifie que ces enclaves sont placées, à tous les points de vue, dans le domaine de l'ordre juridique portugais.

Sans doute, le fonctionnement de cet ordre juridique exige-t-il la présence de fonctionnaires et d'agents de la force publique; mais c'est une erreur manifeste que de prétendre ramener l'ordre juridique à l'activité de ces fonctionnaires et de ces agents.

Même si on reste dans les limites des tâches d'intérêt public, est-il admissible de s'en tenir à la forme du service public *sensu stricto* — c'est-à-dire du service organisé et géré directement par les organes et les agents de l'État? Évidemment non. Les tâches d'intérêt public sont très fréquemment accomplies par d'autres procédés. L'État, par exemple, a recours au procédé de la concession. Il concède la gestion du service à des particuliers ou à une société privée. Nous ne sommes plus alors dans les limites arbitrairement tracées par nos honorables contradicteurs. Il ne s'agit plus d'un service fonctionnarisé; il s'agit d'un service comportant une collaboration entre la puissance publique et l'activité privée. Le concessionnaire est une personne privée.

L'État recourt parfois à d'autres procédés. Il se borne fréquemment à conclure des contrats avec des personnes privées. Pour construire une école ou une route, pour créer un hôpital, etc., il s'adresse à des techniciens, des ingénieurs, des médecins, des architectes, des entrepreneurs, etc. Ce sont des personnes privées et ce sont des personnes qui gardent ce caractère de personnes privées. Elles se bornent à traiter avec l'administration.

Bien souvent aussi, l'État fait usage du procédé de l'encouragement. Il se contente d'encourager, par des subsides ou autrement, l'activité de groupements privés poursuivant des buts d'intérêt général. Cela arrive très souvent, par exemple en matière sociale, en matière religieuse, en matière d'éducation, etc.

La Partie adverse voudrait éliminer les personnes privées et ne laisser subsister, pour l'exercice de la souveraineté, que des fonctionnaires, des agents de police et des soldats! Mais la souveraineté ainsi comprise ne serait plus qu'une caricature de souveraineté, un pauvre squelette, et, encore, un squelette terriblement mutilé.

Je n'ai parlé, jusqu'ici, que des tâches d'utilité publique dont l'État s'efforce d'assurer la réalisation, soit directement, soit indirectement. Mais élargissons le champ.

Les individus apparaissent souvent en qualité de citoyens, et comme tels ils possèdent des droits et ils sont soumis à des obligations. Ils peuvent être astreints au service militaire, ils paient des impôts, ils peuvent être amenés à exercer des fonctions publiques, etc. Tout cela est très important pour l'exercice de la souveraineté.

Et, en dehors de leur qualité de citoyens, les individus ont aussi des droits et des obligations comme personnes privées. Leurs activités ne relèvent pas seulement de l'ordre juridique de l'État quand ils apparaissent comme citoyens. Elles en relèvent aussi quand ils agissent comme simples particuliers.

A tous ces points de vue, c'est, je le répète, l'ensemble du territoire, avec sa population et les biens qui s'y trouvent, qui sont placés sous la souveraineté de l'État.

Dire que Dadrá et Nagar-Aveli relèvent de la souveraineté du Portugal, cela signifie que ces deux enclaves font partie de la même collectivité que Damão et que la vie sociale sous toutes ses formes y est régie par l'ordre juridique portugais.

Cette unité serait-elle possible si les personnes et les biens ne pouvaient pas se rendre d'un fragment à l'autre du territoire? Si les personnes et les biens se trouvant dans le fragment côtier de Dãmao y étaient bloqués par la volonté de l'Inde et, réciproquement, si les personnes

et les biens se trouvant dans les enclaves étaient empêchés par cette même volonté de se rendre ou d'être transportés à Damão ?

Supposons, pour prendre un exemple pratique, qu'une enquête judiciaire soit ouverte à Damão pour laquelle la présence de personnes résidant à Silvassa soit nécessaire. Dira-t-on qu'en interdisant à ces personnes de participer à l'enquête, le Gouvernement indien n'entrave pas l'exercice de la souveraineté portugaise ?

Prenons un autre exemple relevant du droit privé. Une succession est ouverte à Damão. Des héritiers habitent Silvassa. La liquidation de la succession les oblige à se rendre à Damão.

On dira peut-être que des questions de ce genre peuvent se poser quand les héritiers résident dans un pays étranger. Évidemment, mais la différence, c'est précisément qu'il ne s'agit pas ici d'un pays étranger. Les difficultés qui peuvent se présenter quand une succession s'ouvre dans un pays et que des héritiers habitent un autre pays, ces difficultés, dis-je, doivent être ici abolies, parce que tous les intéressés se trouvent dans les limites de l'ordre juridique compétent.

En ce qui concerne les biens, la situation est la même.

Les biens se trouvant soit à Damão soit dans les enclaves relèvent du même ordre juridique, qui est l'ordre juridique portugais.

Comment cet ordre juridique pourrait-il se réaliser à leur égard s'ils étaient immobilisés par la volonté de l'Inde ?

Le Portugal, comme souverain des enclaves, a le droit d'y appliquer sa politique économique. Il a le droit de régler la production et la circulation des biens. Il a le droit de les réquisitionner pour satisfaire aux besoins essentiels de la collectivité dont ils relèvent. Il a le droit d'orienter comme il juge utile de le faire leurs mouvements à l'intérieur de son domaine de compétence. S'il estime conforme à l'intérêt général dont il a la garde de leur assurer le maximum de mobilité, il a le droit de le faire.

Comment la souveraineté portugaise serait-elle respectée au point de vue économique, si l'Inde avait le pouvoir de transformer en régions séparées et réciproquement impénétrables ce qui fait partie juridiquement de la même communauté ?

Supposons, à titre de comparaison, que le Gouvernement des Pays-Bas puisse envoyer dans sa province de Zélande des fonctionnaires et des éléments de la force publique, mais que, pour ce qui est des personnes privées et des biens, la Zélande soit complètement séparée du reste des Pays-Bas. Viendrait-il à l'esprit de personne de soutenir qu'une telle situation est conforme aux exigences de la souveraineté néerlandaise ?

Je crois inutile d'insister.

Mais avant d'abandonner l'examen des prétentions émises à ce sujet par la Partie adverse, il me paraît difficile de ne pas relever une affirmation qui a été présentée à la barre.

Nos estimés contradicteurs ont dit que les deux enclaves portugaises auraient été absorbées économiquement par l'Inde. Ils ont parlé d'absorption économique et aussi d'union douanière — ce qui n'est pas la même chose, ai-je besoin de le dire ?

Il y aurait beaucoup à relever dans ce qu'ils ont affirmé à ce sujet. Mais, sans entrer dans la discussion de leur thèse, il me paraît nécessaire et suffisant de signaler qu'en tout état de cause cette thèse ne répond aucunement à la question litigieuse.

Que nous dit la Partie adverse ?

Elle nous dit que l'Inde accorde de très larges facilités aux personnes et aux biens des enclaves; elle nous dit que l'Inde s'abstient de les traiter comme venant d'un pays étranger; en d'autres termes, que la porte qui conduit des enclaves à l'Inde est grande ouverte.

Et alors? Quelle conclusion nos honorables contradicteurs croient-ils pouvoir tirer de ce fait en ce qui concerne le litige?

La question qui est soumise à la Cour, ce n'est pas celle des relations économiques des enclaves avec l'Inde, c'est celle du transit portugais avec les enclaves.

Nous nous plaignons que la porte entre Damão et les enclaves soit fermée et on nous répond que la porte entre les enclaves et l'Inde est ouverte. Il est clair que cette réponse n'en est pas une et qu'elle passe simplement à côté du sujet.

Une dernière observation, au point de vue économique.

Nos adversaires ont dit que, bien souvent, le transit des personnes et des biens, en ce qui concerne des territoires enclavés, ne faisait pas l'objet de dispositions spéciales; que bien souvent ce trafic était simplement soumis aux règles générales applicables à l'ensemble des personnes et des biens. Cela arrive en effet souvent.

Mais, encore une fois, qu'est-il permis d'en conclure? Si la réglementation générale est suffisamment libérale pour ne pas entraver ce transit dans des conditions excessives, le droit de passage est respecté.

L'État qui revendique un droit de passage ne demande pas que ce passage fasse l'objet d'une réglementation spéciale, tout ce qu'il demande, c'est que le passage nécessaire à l'exercice de sa souveraineté lui soit assuré.

Si le passage est assuré par la réglementation générale, il est naturellement superflu de prendre des dispositions spéciales à son égard. L'application de la règle générale suffit.

Mais quand la règle générale est insuffisante, alors il devient nécessaire d'y faire une exception en faveur des communications avec les enclaves.

Qu'il me soit permis de citer un exemple.

Je l'emprunte à l'attestation délivrée par le Gouvernement des Pays-Bas au sujet de l'enclave belge de Baerle-Duc. (Cette attestation, c'est l'annexe 21 de nos observations sur les exceptions préliminaires.)

L'enclave de Baerle-Duc est située dans une région frontière, dans une région où la circulation est soumise, d'une manière générale, à de sévères restrictions, en vertu d'une loi néerlandaise du 10 janvier 1920 et d'un règlement d'application du 25 mars 1946.

Le Gouvernement de La Haye décrit, dans son attestation, le régime général de cette zone, à l'intérieur de laquelle se trouve l'enclave belge. Si les dispositions générales étaient appliquées au transit belge, celui-ci serait gravement entravé.

Aussi que voyons-nous? Mais c'est que le Gouvernement des Pays-Bas a dérogé aux dispositions générales en faveur du transit en question; il a établi un régime extrêmement libéral qui est aussi décrit dans la note néerlandaise, sous les chiffres 5 et 6.

Nous avons là, je crois, un exemple frappant de l'attitude à prendre en pareil cas.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive à une des dernières critiques adressées par le Gouvernement de l'Inde au droit de passage revendiqué par le Portugal. Elle consiste à dire que ce droit aurait un caractère trop vague, trop indéterminé pour faire l'objet d'une

décision de la Cour par application de l'article 38, paragraphe 1, du Statut.

Le professeur Rolin a repris cette objection à l'audience du 9 octobre (compte rendu, IV, p. 642), et le professeur Guggenheim y est revenu à son tour, en liant l'objection à la cinquième exception préliminaire (audience du 13 octobre, compte rendu, IV, pp. 693 et ss.).

La cinquième exception est basée — la Cour s'en souvient — sur le fait que dans la déclaration du 28 février 1940 par laquelle l'Inde a accepté la juridiction obligatoire de la Cour, elle a exclu de son engagement les différends qui, d'après le droit international, relèvent exclusivement de sa juridiction.

Pour que l'exception fût applicable en l'espèce, il faudrait donc ou bien qu'aucun des titres invoqués par le Portugal à l'appui de sa demande ne relevât du droit international, ou bien qu'aucun des titres internationaux qu'il invoque ne fût fondé.

Or, tous les titres invoqués par le Portugal se présentent comme des titres de droit international, et je crois pouvoir affirmer que nous avons déjà démontré que ces titres sont en fait justifiés en l'espèce. C'est d'ailleurs une démonstration sur laquelle nous reviendrons au cours de notre réplique.

Si cette démonstration est convaincante, il en ressortira que l'affaire ne porte pas sur une question que le droit international réserverait à la juridiction exclusive de l'Inde et que, par conséquent, la cinquième exception préliminaire doit être écartée.

Mais nos honorables contradicteurs ont cru trouver une faille dans ce raisonnement.

La règle que vous demandez à la Cour de consacrer n'est pas suffisamment déterminée, disent-ils, pour pouvoir faire l'objet d'une application. Avant l'application, il faudrait la concrétiser, il faudrait lui donner des contours plus précis. Or, c'est là une fonction qui ne rentre pas dans les compétences de la Cour, tout au moins quand la Cour s'appuie uniquement sur le paragraphe premier de l'article 38.

Pour donner à la règle applicable des contours plus précis, il faudrait que la Cour puisse statuer *ex aequo et bono*, en s'inspirant du paragraphe 2 de l'article 38. Mais pour le faire, elle aurait besoin d'un consentement spécial des deux Parties, et comme ce consentement n'existe pas, elle ne peut pas faire usage de la faculté que lui laisse le paragraphe en question. Je crois avoir résumé correctement l'argumentation, le raisonnement de la Partie adverse.

Je dois dire que ce raisonnement était déjà esquissé dans la duplique aux paragraphes 5 et 6, mais, il nous avait paru particulièrement fragile et nous avons pensé que le Gouvernement indien n'y reviendrait pas à la barre.

Puisqu'il en est autrement et que le professeur Guggenheim notamment y a insisté, il faut qu'à notre tour nous nous y arrêtions.

J'ai déjà mentionné, à titre d'exemples, dans ma première plaidoirie, certaines règles de droit international dont le caractère positif n'est pas contestable et dont il est impossible de prétendre par ailleurs qu'elles auraient un contenu plus précis que la règle invoquée dans l'instance actuelle. Je l'ai fait à l'audience du 22 septembre (C. R., IV, pp. 313 et ss.).

Je ne reprendrai pas tous ces exemples, mais je voudrais soumettre l'un d'eux à un examen plus détaillé que je ne l'ai fait en plaidoirie afin de montrer que les prétendus obstacles imaginés par nos adversaires en ce

qui concerne l'application de la règle litigieuse ne sont certainement pas plus considérables ni plus difficiles à surmonter que ceux qu'on rencontre dans l'exemple auquel je m'arrêterai.

Parmi les règles que j'ai mentionnées, il y en a qui font partie du droit conventionnel. M. le professeur Guggenheim préfère des exemples empruntés au droit coutumier. Il les trouve plus convaincants. Je n'en vois pas très bien la raison, mais pour simplifier les choses, donnons-lui satisfaction.

C'est donc une règle coutumière que je retiendrai: celle qui a été appliquée par la Cour dans son arrêt du 18 décembre 1951, relatif à l'*Affaire des Pêcheries*.

La zone des pêches avait été délimitée pour la partie septentrionale de la côte norvégienne, par un décret royal du 2 juillet 1935. Et le différend portait sur la validité de cette délimitation.

Comme le dit la Cour dans son arrêt, la question litigieuse est de savoir si les lignes prescrites par le décret royal de 1935 ont été tracées ou non « conformément aux règles applicables du droit international » (*C. I. J. Recueil 1951*, page 125).

Que l'arrêt ait été rendu sur la base du droit international et en vertu du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut, aucun doute n'est possible sur ce point.

L'arrêt précise d'ailleurs un peu plus loin la position de la question dans les termes suivants:

« S'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral, parce que l'État riverain a seul qualité pour y procéder, en revanche, la validité de la délimitation à l'égard des États tiers relève du droit international. » (Page 132.)

La Cour avait donc à déterminer les exigences du droit international en la matière. Elle avait à déterminer la règle de droit international à laquelle l'État côtier doit se conformer quand il délimite sa zone de pêche.

Or, cette règle, voici comment l'arrêt de la Cour la formule.

Le texte est assez long parce que les éléments pris en considération sont multiples et parfois complexes, mais il est nécessaire de lire entièrement l'énoncé de la règle consacrée par la Cour:

« C'est la terre qui confère à l'État riverain un droit sur les eaux qui baignent ses côtes. Il en résulte que, tout en reconnaissant à cet État la latitude qui doit lui appartenir pour adapter sa délimitation aux besoins pratiques et aux exigences locales, le tracé des lignes de base ne peut s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte.

Une autre considération fondamentale ... est celle du rapport plus ou moins intime qui existe entre certaines étendues de mer et les formations terrestres qui les séparent ou les entourent. La vraie question que pose le choix du tracé des lignes de base est en effet de savoir si certaines étendues de mer sont suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures...

Il faut enfin faire place à une considération dont la portée dépasse les données purement géographiques: celle de certains intérêts économiques propres à une région lorsque leur réalité et leur importance se trouvent clairement attestées par un long usage. »

Personne ne prétendra, je pense, qu'une règle dont les critères sont aussi nombreux, aussi complexes et aussi vagues aurait des contours mieux déterminés que celle dont le Portugal demande qu'il soit fait application.

Que la règle invoquée par le Portugal ne soit pas susceptible de recevoir une application automatique, c'est évident. Son application soulève des questions d'appréciation: est-ce que telle ou telle restriction est compatible avec les besoins de l'exercice de la souveraineté?

Des doutes peuvent naître parfois à ce sujet, bien qu'il ne faille pas les exagérer. L'expérience le prouve. Pendant plus d'un siècle et demi, les restrictions édictées par le souverain local n'ont jamais franchi la limite permise — et la preuve en est que, pendant cette longue période, jamais la souveraineté du Portugal ne s'est trouvée compromise et menacée dans les enclaves. De même, quand on agit comme l'Inde le fait depuis 1954, il n'y a aucun doute non plus, mais en sens inverse, car il est évident alors qu'on rend absolument impossible l'exercice de la souveraineté.

Enfin, entre des cas extrêmes comme ceux-là, il peut y avoir des cas plus douteux. Seulement, peut-on soutenir que l'incertitude serait plus grande — voir aussi grande — que quand il s'agit d'appliquer la règle énoncée par la Cour dans l'*Affaire des Pêcheries*?

L'État côtier qui a compétence pour appliquer cette règle — de même que l'Inde a compétence pour appliquer sur son territoire la règle du droit de passage —, cet État possède « la latitude nécessaire pour adapter sa délimitation aux besoins pratiques et aux exigences locales ». Ce sont les termes mêmes de l'arrêt de 1951.

Et pour se guider, de quels critères cet État dispose-t-il?

Premier critère:

« Le tracé des lignes de base ne peut pas s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte. »

Qu'est-ce que c'est exactement que la « direction générale de la côte »? Il s'agit évidemment d'une notion en elle-même peu précise. Et encore l'État côtier peut-il s'écarter de cette direction, à condition que ce ne soit pas d'une manière excessive.

Deuxième critère:

« Il doit exister un rapport suffisamment intime entre les étendues de mer qui sont comprises en deçà des lignes de base et le domaine terrestre de l'État. »

Dira-t-on que nous avons là une précision rigoureuse? Et ce n'est pas tout, car il y a un troisième critère, qui lui n'est plus géographique, qui est lié à certains intérêts économiques.

Quels intérêts économiques? Les seules indications données à ce sujet par l'arrêt, c'est que ces intérêts sont propres à la région dont il s'agit et que leur réalité et leur importance doivent être attestées par un long usage.

Voilà les points de repère qui sont fournis aux États intéressés et à l'organe juridictionnel appelé éventuellement à statuer sur leurs contestations. Il n'y en a pas d'autres.

La Cour s'est contentée de ces approximations et elle l'a fait volontairement, parce qu'elle s'est dit que cette fluidité de la règle était indispensable pour lui permettre de se plier aux exigences de la vie internationale.

Ce qui est à noter, à notre point de vue, c'est que la Cour n'a aucunement considéré cette fluidité comme incompatible avec les exigences du droit international et, plus particulièrement, comme incompatible avec les exigences du paragraphe 1 de l'article 38 du Statut.

L'incertitude de la règle énoncée dans l'*Affaire des Pêcheries* est d'ailleurs attestée par les conditions dans lesquelles la Cour a adopté son arrêt. Sur la règle elle-même, la décision a été prise par dix voix contre deux. Et il vaut la peine de souligner, me semble-t-il, que dix membres de la Cour sur douze ont consacré cette règle comme une règle du droit international positif.

En revanche, deux des juges de la majorité ont été d'avis que l'application de la règle, telle que le faisait le décret royal de 1935, était abusive dans deux secteurs contestés. Cette circonstance atteste que l'application de la règle peut donner lieu à des divergences de vues. Pour les deux secteurs dont il s'agit, huit membres de la Cour ont été d'avis que la Norvège n'avait pas dépassé la limite de ses droits. Mais deux autres membres, qui étaient d'accord sur l'existence de la règle, se sont séparés de la majorité quand il s'est agi de se prononcer sur l'application qui avait été faite par la Norvège.

C'est donc bien que, dans la pensée de la Cour, la possibilité d'une divergence de vues sur l'application de la règle à telle ou telle situation concrète donnée n'enlève aucunement à la règle elle-même sa valeur juridique et n'empêche aucunement cette règle de figurer parmi celles dont la Cour doit faire application en vertu du paragraphe 1 de l'article 38.

Ce qui est essentiel, quand l'application de la règle peut donner lieu à certaines hésitations, c'est de savoir *qui* a compétence pour l'appliquer.

Quand il s'agit de délimiter la zone de pêche, c'est l'État côtier. Lui seul a compétence pour procéder unilatéralement à la délimitation. Mais il doit le faire de bonne foi et sous sa responsabilité.

Les autres États ne participent pas à cet acte de souveraineté. Seulement, comme cet acte affecte leurs droits, ils ont qualité pour protester éventuellement contre la délimitation, s'ils la jugent abusive, et ils ont le droit de recourir, pour redresser la situation, aux procédures que le droit international met à leur disposition.

C'est ce qu'a fait le Royaume-Uni dans la question des *Pêcheries*. Le Gouvernement de Londres n'a aucunement prétendu qu'il pourrait se substituer à la Norvège pour délimiter sa zone de pêche. Et il n'a aucunement prétendu que cette délimitation devait se faire de commun accord avec lui, qu'elle exigeait son consentement. Il n'a pas discuté la compétence exclusive de la Norvège. Mais, comme il estimait que la Norvège, en exerçant cette compétence, avait enfreint le droit international, il a saisi la Cour de la question. C'est exactement la situation devant laquelle nous nous trouvons.

Le Portugal ne conteste pas la compétence de l'Inde pour prendre sur son territoire des mesures concernant le passage des personnes et des biens, mais il dit que, quand elle prend ces mesures, l'Inde est liée vis-à-vis de lui par une obligation: celle de ne pas rendre impossible l'exercice de la souveraineté portugaise à Dadrâ et à Nagar-Aveli. Et si les mesures prises par l'Inde paraissent être aux yeux du Portugal en conflit avec cette obligation, la voie qui s'ouvre au Gouvernement portugais est simplement de demander aux procédures internationales le redressement de la situation.

[Audience publique du 26 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai donc au cours de la dernière audience rencontré certaines objections qui nous ont été adressées en ce qui concerne l'objet de notre demande.

Nos distingués contradicteurs ont parlé longuement de la demande du Portugal, mais, en plaidoirie tout au moins, ils ont gardé le silence sur un autre aspect du litige qui est pourtant très important; ils ne nous ont rien dit de la thèse que l'Inde oppose à celle du Portugal. Or, l'objet d'un litige ne se caractérise pas seulement par la prétention du demandeur, il se caractérise aussi par l'attitude que le défendeur adopte à l'égard de cette prétention. Est-ce que le défendeur repousse complètement la prétention du demandeur, ou bien est-ce qu'il l'admet partiellement, et dans ce cas, jusqu'où le fait-il, avec quelles réserves, dans quelles conditions?

L'objet du litige ne se dégage que de la confrontation des deux prétentions qui s'opposent. Nous savons ce que le Portugal revendique comme étant son droit; mais il est évidemment nécessaire, pour juger la contestation, de ne pas perdre de vue la prétention de nos adversaires.

Comme je le disais il y a un instant, nos estimés contradicteurs ont laissé dans l'ombre ce facteur indispensable. Leurs plaidoiries, tout au moins, n'y ont fait aucune allusion, si je ne me trompe. Heureusement, nous avons pour nous éclairer la procédure écrite et les plaidoiries antérieures, celles qui ont été prononcées à l'occasion des exceptions préliminaires. Or, ces éléments d'information ne laissent aucun doute sur le point qui nous occupe.

L'Inde ne soutient pas du tout que la demande portugaise serait exagérée. L'Inde ne soutient pas que l'obligation qu'on prétend lui imposer serait excessive. Elle ne dit pas: j'admets qu'un certain droit de passage doit vous être reconnu, mais ce droit n'a pas l'étendue que vous lui attribuez.

Non. La thèse de l'Inde ne comporte aucune de ces nuances. Elle est radicale. Elle conteste absolument qu'un droit de passage quelconque existerait en faveur du Portugal. Elle nie qu'une obligation quelconque limiterait la liberté dont elle dispose sur son territoire. Je n'aurais d'obligations, dit-elle, que si j'avais pris vis-à-vis de vous un engagement spécial. Or, je n'ai pris aucun engagement de ce genre. Je suis donc entièrement libre. Je peux prendre, en ce qui concerne votre transit, n'importe quelle décision. Je puis non seulement ne vous l'accorder que dans une mesure restreinte, mais je peux tout simplement vous le refuser. Je peux m'y opposer entièrement, quelles que soient les circonstances. Les décisions que je prends à cet égard ne dépendent que de mon bon vouloir. Elles me sont dictées par des raisons dont je n'ai pas à rendre compte. Si je vous accorde passage, c'est à titre gracieux, c'est parce qu'il me plaît de le faire. Je le fais peut-être par esprit de justice, ou par courtoisie internationale, ou parce que je trouve que c'est conforme à mes intérêts. Je puis voir dans ce geste bénévole une faveur qui me servira de monnaie d'échange dans d'autres négociations. Tout cela est possible. Tout cela est possible parce que mon pouvoir est discrétionnaire et que je n'ai donc aucune explication à fournir en ce qui concerne l'usage que j'en fais.

Évidemment le Portugal soutient que je suis liée vis-à-vis de lui par des titres spéciaux, par des accords qu'il aurait conclus jadis avec les

Mahrattes et par un titre historique résultant d'un long usage. Mais je conteste qu'il en soit ainsi. Je prétends n'être liée par aucune obligation spéciale. Je soutiens qu'en la matière les seules règles applicables sont celles du droit commun, du droit international général, et j'affirme que ces règles-là ne m'imposent aucune obligation, qu'elles laissent intact mon pouvoir discrétionnaire.

Voilà, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la thèse que l'Inde nous oppose.

C'est une thèse radicale, comme je le disais tout à l'heure, et c'est une thèse purement négative. J'ajoute que son importance est d'autant plus considérable qu'elle dépasse évidemment de beaucoup le cas d'espèce qui est soumis à la Cour. Cette thèse ayant une portée générale s'appliquera, si elle est admise, à tous les États souverains de parcelles enclavées qui ne peuvent pas faire valoir, pour soutenir leur droit, un titre particulier. Elle retentira sur la situation juridique de tous les États qui n'ont, pour défendre leurs communications avec des enclaves, que les garanties du droit international général.

Voilà, Messieurs, les deux thèses qui sont en présence et entre lesquelles la Cour devra se prononcer. Je crois qu'il n'était pas sans intérêt de les mettre, l'une et l'autre, en pleine lumière.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois avoir répondu aux objections qui ont été faites à la demande du Portugal, en ce qui concerne son droit de passage.

Je crois avoir également caractérisé l'objet du litige, en opposant à cette demande l'attitude purement négative de l'Inde; la prétention qu'elle émet de disposer, à cet égard, d'une liberté absolue, d'un pouvoir purement discrétionnaire.

Les deux thèses qui s'affrontent étant ainsi précisées, nous avons à nous demander maintenant quelles sont les règles à la lumière desquelles il convient de les apprécier.

À l'appui de sa thèse, la Cour le sait, le Portugal fait valoir une série de titres qu'il juge concordants.

Les uns sont des titres spéciaux, qui lui sont propres. Ces titres, c'est M. le doyen Telles qui en parlera dans sa réplique.

Pour ma part, je m'attacherai aux titres généraux invoqués par le Portugal, à savoir la coutume et les principes généraux de droit.

Je crois inutile de rouvrir la controverse, purement académique, qui a divisé les Parties au sujet de la portée de ce second terme, bien que M. le professeur Rolin y ait consacré une partie de sa plaidoirie.

Parmi les principes généraux que nous invoquons, il y en a un qui répond à la définition étroite donnée par nos estimés contradicteurs. C'est celui que le professeur Lalive a exposé en se basant sur la consultation Rheinstejn.

Les autres principes généraux dont nous faisons état ont un caractère différent. Ce sont des principes inhérents à la structure fondamentale du droit international; et, d'après le Gouvernement de l'Inde, c'est plutôt sous la lettre *b*) que sous la lettre *c*) de l'article 38 qu'il faudrait les ranger.

Peu importe puisqu'on est d'accord pour reconnaître qu'ils existent et qu'ils font partie des normes que la Cour doit appliquer.

S'ils relèvent de la coutume, cela ne peut évidemment les affaiblir en aucune façon. Il me semble même que nos adversaires devraient leur accorder, en pareil cas, plus d'autorité, étant donné que la coutume

l'emporte, à leurs yeux, sur les principes mentionnés sous la lettre c) de l'article 38.

Que cette querelle, bien inutile, soit donc définitivement close.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, avec votre permission, je commencerai par m'occuper du droit coutumier.

A l'appui de la règle coutumière qu'il invoque, le Gouvernement portugais a cité huit cas actuels d'enclaves; et, pour compléter ces exemples de la pratique contemporaine, il a produit une étude historique du professeur Bauer, remontant jusqu'aux Traités de Westphalie de 1648.

Les recherches auxquelles il s'est livré ne lui ont pas révélé d'autres cas pouvant intéresser le litige.

Une première objection lui avait été adressée par la Partie adverse. Celle-ci prétendait que le nombre des cas cités était insuffisant pour justifier l'existence d'une règle coutumière.

Nous avons réfuté ce grief dans notre réplique et je l'ai personnellement rencontré dans ma plaidoirie du 30 septembre (compte rendu, IV, pp. 494-495).

Je constate qu'il n'a pas été repris dans la plaidoirie du professeur Guggenheim. C'est donc vraisemblablement que nos honorables contradicteurs l'ont abandonné.

Une autre objection qui nous a été faite concerne l'élément psychologique de la coutume: l'*opinio juris sive necessitatis*.

La Cour me permettra de rappeler en deux mots notre position sur ce point.

Nous ne contestons aucunement le rôle de cet élément psychologique. Nous sommes parfaitement d'accord pour dire que c'est lui qui différencie la coutume du simple usage et nous constatons, sans aucune difficulté, que l'article 38, lettre b), du Statut confirme cette opinion.

Notre désaccord avec la thèse du Gouvernement indien porte — ou portait — uniquement sur les conditions dans lesquelles cet élément psychologique doit être établi.

Le Gouvernement de l'Inde soutenait que la preuve devait en être administrée, d'une manière directe et positive, pour chacune des manifestations de la pratique qui sont invoquées à l'appui de l'existence d'une règle coutumière.

Nous avons répondu que cette exigence était proprement irréalisable et qu'elle conduirait à vider la notion du droit coutumier d'une bonne partie de sa substance.

Nous avons ajouté que la jurisprudence de la Cour confirmait notre point de vue et que dans les trois arrêts cités par l'Inde au paragraphe 561 de sa duplique, la Cour s'était contentée d'une démonstration beaucoup plus souple, s'inspirant de l'ensemble des circonstances pour chacun des cas envisagés.

Le professeur Guggenheim a repris, dans sa plaidoirie, le grief indien concernant l'*opinio juris*. Mais il me semble qu'il l'a repris avec moins de conviction et avec moins de rigueur. Je dirai même qu'il l'a repris mollement. Le contraire serait d'ailleurs étonnant.

On sait, en effet, que le professeur Guggenheim est un des juristes qui ont pris le plus nettement position contre l'exigence du facteur psychologique pour la formation d'une coutume. M. le doyen Telles a cité son opinion catégorique sur ce point.

Mais ce n'est pas de cette opinion doctrinale que je veux faire état en ce moment car, tout en combattant la thèse classique, le professeur

Guggenheim admet — et comment pourrait-il le contester? — que le Statut de la Cour donne une définition de la coutume qui ne cadre pas avec la sienne.

La seule question qui divise le Portugal et l'Inde concerne, comme je le disais tout à l'heure, les conditions dans lesquelles la démonstration de l'élément psychologique doit être faite devant la Cour pour répondre aux exigences du Statut.

L'Inde a mentionné, dans cet ordre d'idées, trois arrêts dont le dernier en date est de 1952.

Or, voici ce que je lis au tome premier du *Traité de droit international public* du professeur Guggenheim — qui a paru en 1953 —, donc postérieurement à ces arrêts:

« Il n'existe aucun critère permettant de déterminer quels sont les actes psychiques qui confèrent aux actes extérieurs le caractère de la coutume.

Ces arguments sont concluants. La difficulté qu'il y a à prouver l'élément psychique, c'est-à-dire la conviction du sujet de droit appliquant une règle coutumière, qu'il exécute une norme déjà existante, n'a d'ailleurs pas échappé aux tribunaux internationaux... »

Et l'auteur ajoute en note, à propos de la jurisprudence de la Cour, ce qui suit:

« La Cour a donc accepté la théorie dominante. Toutefois, si l'on examine de plus près cette opinion, on arrive à la conclusion qu'à part cette affirmation purement théorique, la Cour n'a attaché aucune importance à l'élément psychologique. »

Cela figure à la page 47 du tome premier.

Messieurs, en ce qui nous concerne, nous pensons que le professeur Guggenheim exagère en interprétant d'une manière aussi négative la jurisprudence de la Cour.

Mais dans tous les cas, la citation que je viens de lire suffit, me semble-t-il, pour répondre aux prétentions inadmissibles du Gouvernement de l'Inde sur ce point.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que reste-t-il, dans ces conditions, de la thèse de l'Inde en ce qui concerne la coutume?

Il reste deux choses.

Il reste l'argument d'après lequel la pratique manquerait d'uniformité.

Et il reste l'argument suivant lequel le droit de passage serait basé, dans la pratique, sur des arrangements conventionnels.

Avant d'examiner ce qui a été dit à la barre à ce sujet, une observation me paraît devoir être faite.

Le Gouvernement indien s'était plaint à tort, comme je le rappelais tout à l'heure, du nombre restreint des cas qui ont été produits par le Portugal.

Or, j'ai été assez surpris de constater que le professeur Guggenheim n'avait retenu qu'une très faible minorité des cas en question. En réalité, il n'en a examiné que trois: ceux des deux enclaves situées en Suisse et celui de Llivia.

Pour ce qui est des cas historiques exposés dans l'étude du professeur Bauer, il les a écartés purement et simplement. Pour quelle raison?

: Parce que, a-t-il dit, la plupart de ces cas sont antérieurs au XIX^{me} siècle et qu'à cette époque la souveraineté territoriale des États n'avait pas la même densité qu'aujourd'hui. Le passage inoffensif de troupes étrangères était plus facilement admis. (Compte rendu, IV, p. 674.)

Et à l'appui de cette opinion, le professeur Guggenheim s'est référé à l'ouvrage de Grotius *De jure belli et pacis*. Il me permettra de faire remarquer que l'ouvrage de Grotius a paru en 1625, c'est-à-dire antérieurement aux traités de Westphalie, qui marquent le point de départ de l'étude de M. Bauer. Et je n'ai pas besoin d'ajouter qu'au moment où Grotius a écrit cet ouvrage, la structure juridique de la société internationale était très différente de ce qu'elle est devenue après les traités de Westphalie. Grotius est donc un bien mauvais témoin quand il s'agit de se prononcer sur l'époque étudiée par le professeur Bauer.

Mais passons sur ce détail.

Qu'il y ait des différences entre l'époque étudiée par M. Bauer et la nôtre, personne n'en disconvient. Et on reconnaîtra volontiers que certaines notions, y compris celle de la souveraineté territoriale, se sont précisées et affermies depuis lors.

Il n'en reste pas moins impressionnant de constater que tout au long de cette histoire, qui porte sur deux siècles et demi, le droit de passage aux territoires enclavés a été reconnu sans défaillance. Par sa masse et par sa constance, cette histoire aurait mérité, me semble-t-il, autre chose que le geste désinvolte par lequel on s'en est débarassé.

Le terrain étant ainsi libéré des enseignements de l'histoire, il reste cependant le présent. Il reste huit cas actuels, mentionnés et caractérisés par le Gouvernement portugais.

Or, de ces huit cas, le professeur Guggenheim n'en retient que trois. Quant aux cinq autres, il les mentionne, il les effleure en passant mais aucun ne fixe vraiment son attention.

Il aurait été intéressant cependant de voir le conseil de l'Inde scruter avec un intérêt égal les autres exemples.

Mais non. Ces autres exemples vont rejoindre dans l'oubli les traités analysés par le professeur Bauer.

Pour quelle raison? On s'abstient de nous le dire. Quand il s'agissait du passé, on avait un argument — ou, au moins, une apparence d'argument. Quand il s'agit de la politique actuelle, on n'explique même plus le silence qui a été observé.

Sous le bénéfice de cette remarque, je vais m'arrêter maintenant à ce qui reste de la thèse indienne relative au droit coutumier.

Une des affirmations énoncées par l'Inde, dans son contre-mémoire, était que la pratique, en matière de droit de passage, avait toujours pour fondement le consentement explicite de l'État intercalaire.

C'était aux yeux du Gouvernement indien un point essentiel, car il ne faut pas oublier que, pour lui, le droit de passage ne résulte pas et ne peut pas résulter d'une règle générale.

Le système de l'Inde a eu dès le début pour objectif essentiel d'écarter *a priori* les titres généraux invoqués par le Portugal.

D'après l'Inde, le droit de passage ne peut résulter que d'un titre particulier, parce qu'il exige le consentement spécial de l'État dont le territoire doit être traversé.

Son consentement « exprès », avait dit M. l'Attorney General Setalvad dans ses plaidoiries sur les exceptions préliminaires (procédure orale, IV,

p. 219). Son consentement « explicite », confirmait le paragraphe 281 du contre-mémoire.

Il est clair que cette thèse s'effondrerait si nous établissions que le droit de passage résulte d'une coutume générale, parce que la coutume générale est applicable aux États sans leur consentement *exprès*, sans leur consentement *explicite*.

Seulement, pouvait-on réellement prétendre que le droit de passage aux enclaves a toujours pour base un consentement explicite des États intéressés, alors que les faits démentent pareille affirmation de la manière la plus flagrante?

Car il suffit de considérer les cas de la pratique pour se rendre compte que le droit de passage existe en dehors de toute base conventionnelle. Il y a même des cas — et ils sont la majorité — où il est impossible de découvrir la trace d'une convention quelconque. Il n'y a pas de convention pour Baerle-Duc; il n'y a pas de convention pour Baarle-Nassau; il n'y a pas de convention pour le Basutoland; il n'y a pas de convention pour le Fort de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda et il n'y en a pas pour Mechval.

Et quand certains accords conventionnels existent, on s'aperçoit aisément qu'ils ne constituent pas du tout la base du droit de passage; que le droit de passage existait avant leur conclusion; et qu'ils sont simplement intervenus *a posteriori* pour organiser ce droit, le compléter, le réglementer.

Le seul cas où un doute pourrait exister — je l'ai signalé dans ma première plaidoirie —, c'est celui de Llivia, parce que pour Llivia, la création de l'enclave a été l'œuvre d'un traité et que, dans ce traité initial, on trouve des dispositions organisant le droit de passage. Dans ce cas, la naissance du droit de passage et son organisation conventionnelle coïncident, et il est donc difficile d'établir la distinction. Mais c'est le seul cas de ce genre.

Dans tous les autres, je le répète, ou bien il n'y a aucune convention, ou bien les accords qui ont été conclus postérieurement ne font que préciser les conditions de l'exercice du droit et ses modalités.

Comment soutenir, dans ces conditions, que le droit de passage ne pourrait résulter que d'un titre particulier, qu'il exigerait toujours le consentement exprès, le consentement explicite de l'État intercalaire?

Cette thèse étant manifestement contraire à la réalité des faits, nos estimés contradicteurs ont dû recourir à ce que je me permettrai d'appeler un subterfuge.

Qu'ont-ils imaginé?

Ils ont soutenu que quand il n'y a pas de convention, le droit de passage reposerait sur quelque chose d'analogue.

Quand il n'y a pas de convention, disent-ils, le régime repose sur un usage, et cet usage « peut être assimilé à un accord parce qu'il est basé plus ou moins sur un consentement tacite » (contre-mémoire, par. 293).

On aimerait évidemment connaître d'une manière précise la portée juridique que le Gouvernement de l'Inde attache à cette affirmation.

Qu'est-ce que c'est qu'une obligation qui est basée « plus ou moins sur un consentement tacite »?

Il est difficile de voir où cette notion ambiguë trouverait place dans la théorie générale du droit. Ou bien l'obligation est consentie, ou bien elle ne l'est pas. Mais les obligations semi-consensuelles ou partiellement

consensuelles me paraissent un produit nouveau, qui n'a été reconnu jusqu'ici ni par la doctrine, ni par la jurisprudence.

Je me suis demandé si le professeur Guggenheim allait se faire le défenseur de cette curieuse notion et s'il allait nous l'expliquer.

Il s'en est abstenu. Et cela ne m'étonne pas.

Mais ce qu'il nous a dit, pour combler le vide laissé par la disparition des obligations semi-consensuelles, ne me paraît ni plus clair, ni plus convaincant.

Voilà comment il s'est exprimé à l'audience du 12 octobre :

« Il existe souvent, a-t-il dit, une pratique administrative basée sur la réciprocité, ce qui est à mon avis très probablement le cas pour le système des enclaves belgo-hollandaises. Ces situations ne permettent certainement pas l'invocation d'une règle coutumière... » (Compte rendu, IV, p. 676.)

Et quelques lignes plus loin :

« Il paraît beaucoup plus normal de conclure, en l'absence d'une obligation conventionnelle et de l'existence d'une pratique administrative basée sur la réciprocité, à l'absence d'une coutume obligatoire liant les parties. » (Compte rendu, IV, p. 676.)

Le raisonnement du professeur Guggenheim paraît donc être le suivant :

Quand il y a un arrangement conventionnel, tout va bien. Même si cet arrangement ne crée pas le droit de passage ; même s'il n'est intervenu que longtemps après sa naissance pour préciser l'application du droit. Nous avons au moins une convention. Il suffira de confondre la création du droit avec l'organisation de son exercice, pour sauver notre thèse.

Mais que faire quand il n'y a aucun arrangement conventionnel ?

Eh bien alors, il faut que notre imagination y supplée.

Une explication qu'on peut imaginer, c'est que, s'il n'y a pas convention, il y a « une pratique administrative basée sur la réciprocité ».

Si je comprends bien, cela veut dire que les États intéressés agissent unilatéralement, sans accord formel préalable, mais en réalité sur la base d'un accord implicite — cet accord implicite étant basé sur la réciprocité. « Je t'accorde tel avantage ; mais il est bien entendu que tu feras de même à mon égard. »

Considérée en elle-même, l'explication peut paraître plausible. Il existe, en effet, des accords tacites de ce genre dans la vie internationale.

Seulement, la question n'est pas de savoir si l'explication est plausible. La question est de savoir si l'explication est vraie ; si elle concorde avec la réalité.

Or, le professeur Guggenheim n'a même pas essayé d'établir qu'elle serait conforme à la réalité.

Tout ce qu'il a trouvé à dire, c'est que, « à son avis », c'est « probablement » le cas pour les enclaves belgo-néerlandaises.

Or, en cette matière, ce n'est pas une simple « probabilité » qu'il faut et ce n'est pas non plus l'avis personnel du professeur Guggenheim.

C'est tout autre chose.

Où le professeur Guggenheim découvre-t-il la justification de son hypothèse ?

Ce n'est certainement pas dans les attestations des deux Gouvernements intéressés.

Le Gouvernement des Pays-Bas et le Gouvernement belge ont exposé la situation. Nous avons reproduit leurs déclarations en annexes à nos observations sur les exceptions préliminaires (annexes 21 et 24).

Or, rien — absolument rien — n'y corrobore l'interprétation que je viens de dire.

Et comment la formule de l'accord tacite sur base de réciprocité pourrait-elle s'appliquer aux autres cas, où il y a un seul État enclavant et un seul État enclavé?

Dans le cas des enclaves belgo-néerlandaises, comme elles sont l'une près de l'autre, on peut dire encore à la rigueur qu'il y aurait un accord tacite à la base de deux pratiques administratives concordantes. Mais là où il n'y a qu'une enclave, un État enclavé et un État enclavant, comment la réciprocité pourrait-elle jouer?

L'explication imaginée par le professeur Guggenheim n'est donc qu'une hypothèse, peut-être ingénieuse, mais qui a le grand défaut de ne pas être appuyée par les faits.

Le professeur Guggenheim se rend bien compte d'ailleurs que sa trouvaille est loin de sauver la thèse indienne.

Car, même si l'explication qu'il imagine pouvait s'appliquer à certains cas, ce ne serait que dans une faible mesure. Dans une mesure qui serait loin de combler le vide dont je parlais tout à l'heure.

Là où il n'y a pas de convention et là où il est pratiquement impossible de faire jouer la formule imaginée par M. Guggenheim, le vide subsiste. On se trouve, en pareil cas, devant une pratique qui est manifestement privée de toute base consensuelle. Alors?

Eh bien, alors: tant pis! C'est qu'il n'y a pas de coutume.

Le professeur Guggenheim le dit expressément dans le passage que j'ai rappelé tout à l'heure:

« Il paraît beaucoup plus normal de conclure, en l'absence d'une obligation conventionnelle et de l'existence d'une pratique administrative basée sur la réciprocité, à l'absence d'une coutume obligatoire pour les parties. »

S'il n'y a pas de convention et s'il n'y a pas d'accord tacite basé sur la réciprocité — la conclusion du professeur Guggenheim, c'est qu'il n'y a pas de coutume obligatoire.

Cette conclusion est dans la logique de la position initiale de l'Inde: pas d'obligation; pas de droit de passage, sans consentement.

Mais si elle est conforme à la logique de la position indienne, je doute qu'elle soit conforme au droit international. Car elle tend à ramener la notion de la coutume à celle d'un pacte tacite. Et le professeur Guggenheim sait aussi bien que moi que cette conception du droit coutumier est de plus en plus répudiée par la doctrine moderne.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, puisque le Gouvernement de l'Inde prétend que la convention joue un rôle capital dans la création du droit de passage, arrêtons-nous un instant à cette affirmation.

Comme je le rappelais tout à l'heure, le seul cas dans lequel on pourrait à la rigueur prétendre qu'il s'agit d'un régime conventionnel est celui de Llivia. Dans ce cas, en effet, une convention a existé dès le début, dès 1660. Cette convention a manifestement pour but d'organiser l'exercice du droit de passage, mais comme l'enclave n'existait pas avant cela, on peut soutenir qu'il y a une création conventionnelle du droit de passage lui-même.

J'ai fait observer au cours de ma première plaidoirie que, depuis lors, des modifications ont été apportées à l'exercice de ce droit, à sa réglementation, tandis que le droit, comme tel, est resté immuable jusqu'à nos jours, c'est-à-dire pendant trois siècles. Quelles sont les créations conventionnelles qui ont cette longévité? Elles sont tout à fait exceptionnelles. Et quand elles résistent aussi solidement à l'épreuve du temps, je crois qu'on peut dire qu'elles répondent à une nécessité fondamentale et immuable.

Mais supposons que, pour Llivia, nous soyons devant une création conventionnelle. Quelles sont les autres enclaves dont le régime se trouverait dans le même cas? Il n'y en a pas une seule. Je dis bien : pas une seule.

Une partie importante de l'exposé que le professeur Guggenheim a consacré à la question des enclaves a eu pour objet le régime des deux enclaves situées en Suisse : celle de Büsingen et celle de Campione. Il s'est efforcé, en ce qui les concerne, d'établir que nous aurions commis une erreur — ou, plus exactement, que le Gouvernement suisse nous aurait induits en erreur en nous délivrant une attestation inexacte.

Je ferai tout de suite observer que le reproche ainsi formulé à l'égard du Département politique fédéral me surprend beaucoup. Il me surprend pour deux raisons.

La première, c'est que le Département politique fédéral savait que l'attestation demandée par le Portugal était destinée à être produite devant la Cour dans la présente affaire. Il est donc étrange qu'il n'ait pas mis un soin tout particulier à la rédiger, d'autant plus étrange que la prudence du Département politique fédéral est bien connue et qu'une inadvertance de sa part, en pareille circonstance, constituerait vraiment une anomalie.

Mais j'ai une autre raison de m'étonner. Cette attestation du Gouvernement suisse, nous l'avons annexée à nos observations sur les exceptions préliminaires qui ont été déposées au mois d'août 1957 — il y a donc plus de deux ans. La Partie adverse en a connaissance depuis lors. Or, elle ne s'est jamais avisée — jusqu'à la plaidoirie du professeur Guggenheim — de la rectifier ou de faire, à son sujet, la moindre observation. Elle a eu cependant plusieurs occasions de le faire. Elle a eu l'occasion des plaidoiries sur les exceptions préliminaires. Elle a eu l'occasion du contre-mémoire. Elle a eu l'occasion de la duplique. Comment se fait-il que les prétendues erreurs de l'attestation du Gouvernement fédéral n'aient jamais été relevées par elle avant l'audience du 12 octobre 1959? Nous avons le droit, me semble-t-il, d'en être surpris.

En ce qui concerne l'enclave de Büsingen, l'attestation du Gouvernement fédéral affirme que *la seule disposition conventionnelle applicable* est un article 2, alinéa 1^{er}, d'une convention de 1895, qui concerne la procédure à suivre en cas d'arrestation, dans l'enclave, de personnes qui sont justiciables de l'Allemagne.

Le professeur Guggenheim prétend qu'il y aurait d'autres dispositions conventionnelles applicables et il cite comme telle un échange de notes de 1928 entre la Suisse et l'Allemagne « concernant (c'est le titre) la circulation des militaires et des fonctionnaires de police sur certains tronçons de chemins de fer et de routes à la frontière de la Suisse et de l'État de Bade ».

Il ne s'agit aucunement — remarquons-le — d'un accord propre à Büsingen, mais bien d'un accord régional frontalier, s'appliquant à toute une section de la frontière germano-suisse.

D'après la déclaration du Gouvernement fédéral, cet accord n'est pas applicable à Büsingen puisque le Gouvernement fédéral affirme que la seule disposition conventionnelle concernant Büsingen est l'article 2, alinéa 1^{er}, de la convention de 1895.

Le professeur Guggenheim prétend, lui, que l'accord de 1928 s'applique également à Büsingen.

Eh bien, supposons même que l'interprétation de M. Guggenheim soit exacte. Qu'en résulterait-il? En résulterait-il que le droit de passage exercé par l'Allemagne pour communiquer avec l'enclave de Büsingen et y exercer sa souveraineté trouverait sa base dans une convention? Pas le moins du monde. Le résultat serait simplement que l'organisation conventionnelle de ce droit de passage ne serait pas limitée à l'article 2 de la convention de 1895 mais comprendrait aussi les dispositions de l'accord de 1928.

L'organisation conventionnelle du droit de passage serait plus étendue que ne l'affirme formellement le Gouvernement suisse, mais il n'en résulterait aucunement que ce droit de passage serait entièrement réglé par des conventions, et il n'en résulterait pas davantage qu'il aurait été créé par voie conventionnelle.

Quelle est, d'après l'attestation du Gouvernement suisse, la pratique qui est suivie à l'égard de Büsingen?

Voici le texte:

« Le poste de police compétent pour Büsingen se trouve à Gailingen, qui est la commune allemande la plus proche. Il n'existe donc pas d'organes de police allemande stationnés à Büsingen. Lorsqu'un des agents du poste de Gailingen doit se rendre à Büsingen pour des raisons de service, il se présente aux organes suisses chargés du contrôle-frontière et peut transiter sans difficulté à travers le territoire suisse, en uniforme et avec ses armes réglementaires. Il en est de même des autres fonctionnaires allemands devant se rendre à Büsingen pour des raisons de service. »

C'est formel, et je suppose que le professeur Guggenheim ne conteste pas cette déclaration. Je ne suppose pas qu'il impute au Gouvernement de Berne d'avoir décrit d'une manière inexacte la pratique qui est effectivement suivie en la matière, car cette pratique, le Gouvernement fédéral doit évidemment la connaître et on comprendrait mal qu'il eût commis l'erreur grossière de la décrire sous des traits inexacts.

Or, cette pratique, d'où vient-elle? Où en est la base? Où en est l'origine? Dans des textes conventionnels? Certainement non. Même en ajoutant l'accord mentionné par le professeur Guggenheim à la seule disposition signalée par le Gouvernement fédéral, on serait encore loin du compte.

Et puis, ces textes conventionnels ne datent que d'une époque relativement récente. Personne ne prétendra que le droit de passage qu'ils organisent partiellement soit né de leurs dispositions; il est bien antérieur, il date probablement du XVIII^{me} siècle. En tout cas, il est certain qu'il n'a pas attendu pour venir au monde — si je puis ainsi dire — les accords cités par le professeur Guggenheim et par le Gouvernement suisse.

Nous sommes devant une pratique dont certains aspects sont réglés conventionnellement, mais dont il est absolument impossible de faire

remonter la source aux accords en vigueur. C'est une pratique essentiellement coutumière.

Et la même observation vaut pour Campione.

Le professeur Guggenheim soutient que nous aurions donné une interprétation inexacte à un terme plus ou moins équivoque de l'attestation délivrée par le Gouvernement suisse. Admettons encore une fois qu'il en soit ainsi, bien que cela ne fasse pas honneur à la précision et à l'exactitude du Département politique fédéral.

Sur le régime lui-même, il n'y a pas de désaccord. Ce régime, d'après le professeur Guggenheim, est bien celui qui est décrit dans l'attestation de Berne. Il en résulte que les fonctionnaires et les organes de police italiens peuvent se rendre à Campione. Tout ce qui est interdit, c'est le passage, par la frontière suisse, de bateaux spécialement affectés à des buts militaires, de douane ou de police, mais les communications par les bateaux ordinaires sont libres. Par conséquent, la Suisse ne s'oppose aucunement à ce que l'Italie exerce sa souveraineté à Campione. Elle régleme simplement les conditions dans lesquelles le passage s'effectue. Dira-t-on que ce régime est né d'une convention? La convention qu'on invoque date de 1923, et l'enclave de Campione remonte à des temps très anciens. Où sont les textes conventionnels qui auraient créé le droit de passage? On n'en dit pas un mot.

Voilà pour les exemples choisis par le professeur Guggenheim.

Pour ceux qu'il a passés sous silence, la situation est particulièrement claire. Car, ainsi que je le disais tout à l'heure, il n'y a aucune convention.

Pas de convention pour le Basutoland.

Pas de convention pour Mechval.

Pas de convention pour Baarle-Duc, ni pour Baarle-Nassau. Pour ces deux dernières enclaves, l'Inde avait prétendu, il est vrai, que la situation était réglée par une convention de 1842. Mais, comme je l'ai établi dans ma première plaidoirie, c'est là une erreur manifeste. La convention de 1842 ne concerne que le tracé de la frontière, elle ne contient aucune disposition relative au régime des enclaves.

La thèse d'après laquelle le droit de passage reposerait toujours, dans la pratique, sur une convention est donc une thèse absolument insoutenable.

Il me reste, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, à examiner un dernier argument de la Partie adverse, c'est celui qui est tiré de la diversité des régimes en vigueur.

C'est l'argument sur lequel le professeur Guggenheim a fait porter son principal effort. Il a souligné les différences qui existent entre les régimes existants et il en a tiré la conclusion qu'aucune règle coutumière ne se dégage de la confrontation de ces régimes, parce que la coutume, a-t-il dit avec raison, exige la conformité des pratiques que l'on invoque à son appui.

A l'audition, les développements qu'il a consacrés à cette thèse pouvaient paraître impressionnants. Mais il suffit — me semble-t-il — d'y réfléchir pour se rendre compte qu'ils sont dépourvus de toute valeur démonstrative. L'exposé du professeur Guggenheim est entaché, en effet, d'un défaut irrémédiable: il repose tout entier sur une erreur initiale.

Quelle est la règle dont le Portugal demande à la Cour de faire application?

Nous l'avons caractérisée à de nombreuses reprises: c'est la règle qui permet au souverain d'une parcelle enclavée de transiter à travers le

territoire intercalaire pour exercer sa souveraineté sur la parcelle enclavée et dans la mesure nécessaire à l'exercice de cette souveraineté.

Le Portugal ne prétend pas que le souverain de la parcelle enclavée aurait un droit de passage absolu, illimité. Il n'a cessé de dire le contraire et il le confirme expressément dans ses conclusions: ce droit est limité, il est relatif, son étendue est déterminée par les besoins que comporte l'exercice de sa souveraineté dans l'enclave.

Voilà la règle litigieuse. Il n'y en a pas d'autre. C'est donc cette règle-là dont il s'agit de savoir si elle trouve sa consécration dans la pratique coutumière.

Le professeur Guggenheim semble perdre de vue les véritables données du problème, ou tout au moins la démonstration qu'il a faite à la barre n'en tient aucun compte.

Cette démonstration est construite comme si la règle à établir comportait un passage illimité; illimité quantitativement et qualitativement. Cette démonstration est construite comme s'il s'agissait de prouver, à la lumière de la pratique, que le souverain de l'enclave a droit au passage sans tenir compte des limitations que les besoins de la souveraineté apportent à son droit.

Voilà l'erreur initiale qui fausse toute la démonstration.

Une fois admis ce point de départ inexact, rien n'est plus simple que de relever les différences existant entre les régimes appliqués aux diverses enclaves. Il est évident que ces régimes diffèrent les uns des autres. Et il est facile de comprendre pourquoi ils le font.

Mais au lieu de se borner à constater ces différences, il faudrait se demander ce qui les explique, quelles sont les raisons dont elles procèdent. Et cela fait, il faudrait comparer aux résultats de cette recherche la véritable règle dont l'existence coutumière est en jeu.

Les régimes appliqués au droit de passage du souverain enclavé varient? Mais le contraire serait étonnant puisque les besoins de la souveraineté varient et que c'est de ces besoins que dépend l'étendue du droit de passage.

Il est clair, par exemple, que l'exercice de la souveraineté sur une petite localité de 500 habitants — ou 550 — comme Campione ne comporte pas les mêmes besoins que l'exercice de la souveraineté sur le Basutoland, qui compte plus de 700.000 âmes.

De même, la situation de l'enclave espagnole de Llivia a un caractère particulier en raison de sa démilitarisation. La convention du 31 mai 1660, qui a laissé à l'Espagne Llivia et son bailliage, prévoit expressément cette démilitarisation et en fait la condition *sine qua non* du maintien de la souveraineté espagnole. Il va de soi que cette circonstance affecte les besoins de l'administration de l'enclave.

Les différences de régime sont donc inévitables. Mais la question est de savoir si, malgré ces différences nécessaires et logiques, il y a un « dénominateur commun », pour reprendre une expression dont le professeur Guggenheim a fait usage; et il s'agit de savoir si ce « dénominateur commun » ne correspond pas précisément à la règle invoquée par le Portugal.

Or, aucun doute ne peut subsister à cet égard.

Les régimes varient suivant les besoins que comporte en fait l'exercice de la souveraineté dans la parcelle enclavée, mais tous ces régimes indistinctement respectent les nécessités inhérentes à l'exercice de cette souveraineté.

Le Gouvernement de l'Inde peut-il prétendre que, dans les cas dont nous avons fait mention, les nécessités inhérentes à l'exercice de la souveraineté sur l'enclave n'auraient pas été respectées? Il ne le peut évidemment pas.

Comme l'État est dans l'impossibilité d'exercer sa souveraineté sur les parcelles enclavées de son territoire sans y accéder, et comme les souverains de toutes les enclaves que nous avons citées y ont exercé leur souveraineté depuis l'origine, sans aucune interruption, il est manifeste qu'ils ont toujours eu la possibilité d'y accéder. Il est manifeste que le souverain du territoire intercalaire n'a jamais pris, vis-à-vis d'eux, l'attitude que l'Inde a prise vis-à-vis du Portugal.

Voilà, me semble-t-il, une vérité élémentaire, je dirai presque une lapalissade. C'est dans tous les cas une vérité que le Gouvernement de l'Inde ne peut pas contester.

Et, en dehors des cas que nous avons mentionnés, en existe-t-il d'autres qui viendraient à l'appui de la thèse indienne? Existe-t-il un seul cas d'enclave où l'on ait vu le souverain du territoire intercalaire soutenir qu'il avait le droit de refuser au souverain de l'enclave le droit de passage nécessaire à l'exercice de sa souveraineté, après avoir reconnu l'existence de cette souveraineté?

Car la question qui fait l'objet du litige est de savoir si l'État qui a reconnu l'existence d'une enclave étrangère à l'intérieur de son propre territoire a le droit d'empêcher à son gré les communications nécessaires à l'exercice de la souveraineté sur cette enclave.

Si le Gouvernement de l'Inde était en mesure de citer des cas où la pratique est conforme à la thèse qu'il soutient à cet égard, on pourrait dire que la pratique est divisée. A côté des cas dans lesquels notre thèse trouve sa confirmation, il en existerait d'autres où la thèse opposée aurait prévalu.

Alors, on pourrait dire que la condition d'uniformité nécessaire à la formation de la coutume n'est pas remplie. Alors on pourrait dire que, sur la règle litigieuse, la pratique est divisée.

Mais le Gouvernement de l'Inde a-t-il mentionné des cas de ce genre? Il n'en a pas cité un seul.

Et personne ne croira que cette abstention serait le fruit de sa négligence. Personne ne croira que parmi les énormes efforts qu'il a accomplis pour essayer d'ébranler la demande du Portugal, il aurait négligé ce point essentiel.

Son silence est, par conséquent, l'aveu même qu'il est impossible de découvrir dans la pratique un seul cas qui corrobore la thèse de l'Inde.

[Audience publique du 26 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois avoir réfuté les arguments par lesquels la Partie adverse cherche à contester l'existence d'une coutume conforme à la règle invoquée par le Portugal.

Avant de passer à l'examen d'une autre question, je voudrais cependant relever encore certaines considérations qui ont été émises par le professeur Guggenheim au sujet de l'attitude de la Suisse et de ses traditions.

Dans cet ordre d'idées, qu'il me soit permis d'abord de placer sous son vrai jour l'incident qui s'est produit à Büsingen en 1849 et dont le

professeur Guggenheim a fait grand état. Les termes dans lesquels il en a parlé à l'audience du 12 octobre (compte rendu, IV, p. 677) pourraient en effet créer un malentendu.

Que s'est-il passé exactement?

La situation à ce moment-là était troublée en Allemagne et des concentrations de troupes, en nombre assez considérable, avaient lieu aux frontières de la Confédération helvétique. De nombreux réfugiés affluaient en Suisse, et on redoutait des incidents.

C'est dans cette atmosphère qu'a eu lieu l'événement concernant Büsingen.

Le 21 juillet 1849, un bateau venant de Constance et transportant 170 hommes de troupes hessoises descendit le Rhin et les soldats pénétrèrent à Büsingen.

Le récit du professeur Guggenheim pourrait faire croire qu'il s'agissait de forces armées en mission officielle, chargées par les autorités allemandes d'accomplir des actes de souveraineté dans l'enclave.

Or, il n'en est rien. Les documents qui ont été publiés dans la *Feuille fédérale suisse* de l'année 1849, au tome II, relèvent ce qui suit:

- 1) « L'occupation par une compagnie de Hessois de l'enclave badoise a été effectuée à l'insu et sans la volonté du commandant général des troupes de l'Empire » (p. 365);
- 2) Le passage a été effectué:
« sans consulter ou en informer les autorités suisses » (p. 318);
- 3) Les soldats qui se trouvaient à bord du bateau
« ont été cachés sous le pont » pendant la traversée de Stein, ce qui devait éveiller le soupçon « qu'ils avaient l'intention de causer une surprise » (p. 318).

Il ne s'agit donc aucunement d'un acte officiellement accompli en vue d'exercer la souveraineté dans l'enclave de Büsingen. Il s'agit d'une entreprise irrégulière et clandestine.

La violation du territoire suisse était incontestable et la réaction de la Suisse se comprend aisément. Il ne s'agit évidemment pas d'une activité à laquelle pourrait s'appliquer le droit de passage dont il est question dans le présent litige.

Voilà ma première mise au point.

La deuxième concerne les traditions de neutralité de la Suisse et sa répugnance à laisser passer des troupes étrangères par son territoire.

Le professeur Guggenheim a insisté sur ces traditions et il les a illustrées en rappelant notamment que, en 1921, le Conseil fédéral s'est opposé au passage des troupes destinées à assurer l'ordre au moment de la consultation qui devait avoir lieu à Wilna sous le contrôle de la Société des Nations (compte rendu, IV, p. 681).

Ces traditions sont, en effet, bien connues, et tout le monde sait l'importance vitale que la Suisse accorde à son statut de neutralité permanente. Il n'est pas douteux que cette position particulière de la Suisse, cette position qui est même unique dans le monde, ne va pas sans réagir sur son attitude à l'égard des enclaves situées à l'intérieur de ses frontières.

Mais je me permets de demander à nos estimés contradicteurs s'ils pensent que la Suisse adopterait la même attitude que l'Inde, dans des conjonctures analogues à celles qui caractérisent le litige actuel.

Aucun cas ne s'est produit jusqu'ici où, soit l'enclave allemande de Büsingen, soit l'enclave italienne de Campione, ait été l'objet d'une entreprise organisée sur le territoire suisse en vue de ravir l'une de ces enclaves à son souverain légal pour l'incorporer au territoire helvétique.

Mais supposons que des groupes de nationalistes exaltés ou des organisations hostiles à l'Allemagne ou à l'Italie se forment sur le territoire de la Confédération en vue de dépouiller l'Allemagne de Büsingen et l'Italie de Campione.

Croit-on d'abord que la Suisse les laisserait organiser leurs entreprises sur son territoire? Croit-on, d'autre part, que le jour où ces groupements voudraient passer à l'action, la Suisse fermerait les yeux et les laisserait agir en toute liberté, sans rien faire pour protéger les droits de l'Allemagne et de l'Italie?

Croit-on enfin que si l'Allemagne et l'Italie demandaient à la Suisse de pouvoir prendre les mesures nécessaires pour rétablir l'ordre chez elles, le Gouvernement de Berne leur opposerait un refus catégorique et se contenterait de répondre que toutes ses sympathies vont aux adversaires de l'Allemagne et de l'Italie; qu'il applaudit à leurs exploits, et qu'il ne fera jamais rien qui puisse contrarier leurs desseins?

Le cas ne s'est jamais présenté, mais personne ne doute un instant que la Suisse se garderait bien de prendre l'attitude que je viens de dire.

Cela prouve, en tout cas, qu'entre la politique de l'Inde et les traditions de la Suisse, il existe une incompatibilité absolue.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai dû m'arrêter assez longuement à l'examen des objections de la Partie adverse qui concernent l'existence d'une règle coutumière.

En revanche, je serai extrêmement bref au sujet du principe général de droit que révèle, non pas la généralité, mais — ou peut l'affirmer sans exagération — l'unanimité des droits internes, quand il s'agit d'assurer l'accès aux terrains enclavés.

La consultation du professeur Rheinstejn, qui traite de la question avec un soin remarquable et un souci manifeste de pousser ses investigations aussi loin que possible, suffirait, nous semble-t-il, à trancher la question.

Des objections d'ordre technique ont été opposées cependant aux conclusions que nous en avons tirées.

Ces objections ont été formulées par sir Frank Soskice, au cours des plaidoiries sur les exceptions préliminaires. Le professeur Lalive y a répondu à la barre. Il y a répondu avec une précision et une rigueur de raisonnement qu'il serait difficile de contester.

Son exposé a été critiqué, au nom du Gouvernement indien, par le professeur Guggenheim.

Les conclusions du Portugal sont-elles ébranlées?

Nous croyons pouvoir dire qu'il n'en est rien.

Quand on serre de près l'argumentation du professeur Guggenheim on s'aperçoit qu'en réalité elle ne conteste l'exactitude d'aucune des critiques formulées par le professeur Lalive.

On s'aperçoit, d'autre part, qu'elle abandonne certains arguments précédents de l'Inde; par exemple celui qui avait été son argument principal et qu'elle croyait pouvoir tirer du lien qui existerait prétendument entre notre demande et l'analogie propriété — souveraineté.

On s'aperçoit enfin que les arguments retenus par le professeur Guggenheim ne sont, sous une forme légèrement différente, que ceux qui avaient

été présentés par sir Frank Soskice et auxquels le professeur Lalive avait répondu.

Je serais inexcusable de ne pas reconnaître l'intérêt doctrinal de cet exposé. Mais le professeur Guggenheim ne m'en voudra pas si je constate que cet exposé avait un caractère technique extrêmement poussé. Il m'en voudra d'autant moins qu'il l'a lui-même signalé.

Or les discussions qui s'enferment dans les sphères de la technicité risquent parfois de perdre contact avec certaines réalités juridiques.

Le droit ne se ramène pas à l'aspect purement technique de son organisation. Il repose sur des bases plus profondes. Et il arrive qu'on perde de vue ces réalités fondamentales quand on se laisse entraîner par les attraits de la technique.

Sur le plan de la technique, nous croyons — comme je le disais il y a un instant — que l'argumentation du professeur Lalive garde toute sa valeur, et nous contenterons donc de nous y référer.

Mais il me sera permis, avant de passer à l'examen d'une autre question, de souligner encore les conclusions essentielles qui se dégagent de la consultation du professeur Rheinstein.

Son étude analyse 64 législations internes comprenant toutes les grandes familles juridiques du monde.

Elle constate que le droit de passage aux terrains enclavés est expressément reconnu dans 62 législations et qu'aucune législation ne permet d'avoir un doute quelconque sur l'existence de ce droit.

Il en résulte indiscutablement que, toujours et partout, dès qu'une enclave existe, le droit d'y accéder se voit consacré par la coutume, par la jurisprudence ou par la loi.

Comment expliquer cette concordance, cette harmonie parfaite des droits internes sans une conscience juridique commune et solidement établie?

Spontanément, chacun de son côté, sans aucune entente préalable, tous les pays du monde arrivent à la même conclusion. Il n'y a que la vérité qui ait chance de réaliser un concert aussi parfait.

La vérité, c'est ici la conscience humaine, qui s'incline devant une nécessité sociale évidente et un principe de justice indiscutable.

Le professeur Guggenheim a parlé de « réception » du droit interne par le droit international, et de « transfert » de règles internes sur le plan international.

Il ne s'agit aucunement de cela. Il s'agit de quelque chose de plus simple et de plus profond. Les droits internes révèlent, par leur concordance, l'existence d'un principe général, qui n'est ni l'apanage exclusif du droit interne, ni celui du droit international, mais qui vaut pour l'un comme pour l'autre de ces deux ordres juridiques.

En réalité, la question qui divise le Gouvernement indien et le Gouvernement portugais, en ce qui concerne le droit de passage aux enclaves, est une question élémentaire et que le simple bon sens permet de résoudre.

Nous avons établi que ce droit trouve techniquement sa justification dans une série de titres juridiques.

De quelque côté que les regards se tournent, la réponse est la même.

C'est que, au-delà de cette démonstration, ou à côté d'elle, il y a un raisonnement juridique très simple et en même temps irrésistible, qui conduit à cette réponse identique.

Aussi n'est-il pas surprenant de voir cette réponse jaillir des principes essentiels du droit des gens, de ceux qui sont inhérents à la structure fondamentale du droit international.

C'est là que se trouve — si je puis ainsi dire — la clef de tout le système.

Ces principes généraux qui sont inhérents à la structure fondamentale du droit des gens, j'en ai parlé à l'audience du 30 septembre (compte rendu, IV, pp. 487 et s.).

Je me contenterai, dans ma réplique, de revenir sur un aspect de l'argumentation. Il exigera malheureusement certains développements, non seulement parce qu'il est essentiel, mais aussi parce que les plaidoiries de nos estimés contradicteurs énoncent à son sujet des affirmations et des réserves que nous ne pouvons pas laisser passer sans une mise au point.

La Partie adverse a parfaitement senti qu'il s'agit là, pour elle, d'un point particulièrement vulnérable. Elle a parfaitement compris que l'argument produit à ce sujet par le Portugal constitue, pour sa thèse, un argument à la fois décisif et irréfutable.

Aussi s'est-elle efforcée de l'obscurcir par un écran de fumée.

Je commencerai, pour débayer le terrain, par dire un mot d'une thèse assez étrange qui a été énoncée par le professeur Rolin à l'audience du 12 octobre.

Nous avons rappelé, dans nos écritures et à la barre, le principe qui oblige chaque État à respecter la souveraineté des autres.

Ce principe, le Gouvernement indien ne le met pas en doute, mais, d'après le professeur Rolin — et cette affirmation est reprise dans les conclusions de l'Inde —, il ne pourrait y avoir d'atteinte à la souveraineté d'un État que si des actes, contraires à cette souveraineté, étaient commis sur son territoire.

Et comme l'Inde n'a pas commis d'actes illicites sur le territoire portugais, comme elle s'est bornée à rendre impossible l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves par des mesures prises sur le territoire indien, le respect de la souveraineté portugaise serait pleinement sauvegardé.

Pour reprendre une expression dont je me suis déjà servi, est-ce respecter la souveraineté d'un État que de la détruire par étouffement, même si les procédés employés ne sont pas appliqués sur son territoire?

La Commission du droit international des Nations Unies n'a pas hésité à considérer comme un crime « le fait, pour les autorités d'un État, d'entreprendre, d'encourager ou de tolérer des activités organisées visant à fomenter la guerre civile sur le territoire d'un État étranger ». Cela figure à l'article I, alinéa 4, de son projet de code sur les « Crimes contre la paix et la sécurité ».

Je n'insiste pas sur l'analogie qui existe entre les activités criminelles ainsi définies par la Commission du droit international et les conditions dans lesquelles a été perpétré l'attentat contre les enclaves portugaises de l'Inde. Mais je constate que ces activités criminelles, c'est sur le territoire de l'État coupable et non sur le territoire de la victime qu'elles se sont déroulées.

La Commission du droit international aurait-elle souscrit à la thèse de l'Inde, d'après laquelle la souveraineté de l'État est respectée dès l'instant où des actes illicites n'ont pas lieu sur son territoire?

La réponse négative s'impose évidemment.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive maintenant à ce qui est peut-être, en un certain sens, le point essentiel de notre argumentation.

Nos estimés contradicteurs prétendent que les accords conclus avec les Mahrattes au XVIII^{me} siècle n'auraient pas attribué au Portugal un véritable droit de souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli. Nous le contestons.

Mais supposons — pour les besoins du raisonnement — que la thèse indienne soit exacte sur ce point. Une chose est dans tous les cas indiscutable, c'est que l'existence juridique des deux enclaves a été reconnue par les successeurs des Mahrattes.

Le Gouvernement britannique et le Gouvernement de l'Union indienne ont tous les deux reconnu de la façon la plus certaine qu'à l'intérieur du territoire indien se trouvent deux parcelles relevant d'une souveraineté étrangère et ils ont reconnu que cette souveraineté est celle du Portugal.

L'État à l'intérieur duquel une Puissance étrangère prétend exercer sa souveraineté sur des parcelles enclavées ne peut évidemment pas s'abstenir de prendre position à l'égard d'une telle prétention. Il y a des situations qui n'intéressent pas directement certains États. Et, en pareils cas, ces États peuvent s'abstenir de prendre position jusqu'au jour où des circonstances spéciales les y obligent. Mais l'existence d'une enclave étrangère à l'intérieur du territoire d'un État ne permet évidemment pas à cet État de rester dans l'expectative. Par la force des choses il doit se prononcer : ou bien il en conteste la validité, ou bien il l'admet. Il n'y a pas d'échappatoire.

Or, dans le cas des enclaves litigieuses, la situation est à cet égard d'une netteté absolue.

Non seulement les souverains du territoire indien — y compris l'Union indienne — n'ont pas contesté l'existence des enclaves portugaises, mais ils l'ont reconnue positivement. Ils l'ont reconnue par toute leur attitude, par toutes les mesures qu'ils ont prises à leur sujet. Et ils l'ont reconnue aussi par des déclarations formelles.

On ne pourrait pas concevoir une reconnaissance plus évidente.

J'ai souligné ce fait essentiel dans ma première plaidoirie, et pour ne pas abuser des instants de la Cour, je m'étais abstenu alors d'en apporter la démonstration, tout en priant les conseils de l'Inde de bien vouloir se prononcer sur ce point, afin qu'il me soit possible de leur répondre, s'ils avaient à formuler des objections ou des doutes. (Audience du 30 septembre, compte rendu, IV, p. 489.)

Malheureusement, la position qui a été prise de l'autre côté de la barre sur ce point manque complètement de netteté.

A l'audience du 12 octobre (compte rendu, IV, p. 664), M. le professeur Rolin s'est exprimé de la manière suivante :

« Quand, où, par qui l'Union indienne a-t-elle reconnu la souveraineté territoriale du Portugal sur les enclaves? Sans doute ne l'a-t-elle pas contestée, mais elle ne l'a pas créée, on ne lui en a pas demandé la reconnaissance! Elle a accepté une situation qu'elle a trouvée lorsqu'elle s'est formée comme État indépendant. Il n'y a pas de consentement dont on puisse me demander une interprétation.

Et même si vous considérez qu'il y a lieu de considérer que cette acceptation tacite d'une situation est susceptible d'interprétation, sur quoi porterait ce consentement tacite de l'Union indienne?

Mais, Messieurs, exclusivement sur l'existence de la souveraineté portugaise sur ces enclaves. »

Comme on le voit, c'est loin d'être clair. C'est plein de réserves et de réticences, que l'on retrouve d'ailleurs dans les conclusions indiennes. Et dans ces conditions, je me vois obligé d'apporter mes preuves — ou tout au moins une partie de mes preuves, car il y en a d'autres, mais je pense que celles dont je ferai usage suffiront amplement pour ne laisser aucun doute sur le fait qu'il s'agit de démontrer.

Certaines observations préalables me paraissent pourtant nécessaires.

La première observation, c'est que la reconnaissance peut être tacite. Elle n'exige aucunement une déclaration explicite. Je cite Anzilotti dans son *Traité de droit international* :

« La simple manière de se comporter d'un État, y compris même dans des circonstances déterminées, son seul silence peut signifier la volonté de reconnaître comme légitime un état de choses déterminé. » (Trad. Gidel, tome I, p. 348.)

Nous verrons que pour les enclaves litigieuses la reconnaissance de l'Inde a pris des formes beaucoup plus explicites. Mais il convenait tout de même de rappeler que « l'acceptation tacite » à laquelle le professeur Rolin fait allusion est parfaitement valable.

Deuxième observation : le professeur Rolin semble contester la valeur de la reconnaissance indienne en s'appuyant sur le fait que les enclaves n'ont pas été créées par l'Union indienne et que celle-ci les a trouvées au moment où elle s'est formée en État indépendant.

Cette circonstance n'enlève évidemment rien à la valeur de la reconnaissance. La reconnaissance n'est pas un acte qui crée une situation nouvelle; c'est un acte qui reconnaît cette situation, qui constate son existence, et qui l'admet comme élément de l'ordre juridique existant.

Si M. Rolin hérite d'une maison et qu'il trouve installés, dans une partie de cette maison, des étrangers qui prétendent avoir le droit d'y demeurer, que fera-t-il? Ou bien il contestera cette prétention, ou bien il l'admettra. Mais s'il l'admet, même tacitement, il ne pourra pas soutenir plus tard que, n'ayant pas créé la situation litigieuse, elle ne lui est pas opposable.

Troisième observation : le professeur Rolin dit que s'il y a eu reconnaissance de la part de l'Union indienne, cette reconnaissance a porté sur l'existence de la souveraineté portugaise sur les enclaves et non sur le droit de passage lui-même.

Mais cela, c'est précisément toute la question. La thèse que nous soutenons, c'est que l'État qui a reconnu l'existence, à l'intérieur de son territoire, d'enclaves relevant de la souveraineté d'un autre État, accepte, par le fait même, l'obligation de ne pas empêcher l'exercice de cette souveraineté en s'opposant aux communications sans lesquelles cet exercice serait impossible.

Constatons d'abord que, depuis le XVIII^{me} siècle, les enclaves ont été administrées par le Portugal comme une partie intégrante de son territoire et qu'elles l'ont été sans interruption jusqu'aux événements de l'été 1954.

Peut-on concevoir que c'eût été possible si leur appartenance au Portugal n'avait pas été admise par les souverains de l'Inde?

Mais cette constatation générale se trouve corroborée par une série de faits positifs, d'actes et de déclarations formelles.

Ne parlons pas de l'administration mahratte puisque les Parties sont en désaccord sur la portée de certaines notions juridiques de l'époque. Ne retenons que ce qui est postérieur à 1818, c'est-à-dire au moment où la souveraineté britannique s'est substituée à celle des Mahrattes dans la région litigieuse.

Or, quelle que soit la nature des questions qui se sont posées depuis lors, il est impossible d'interpréter les mesures prises par le souverain local sans y voir la reconnaissance indubitable de la souveraineté portugaise à Dadra et à Nagar-Aveli.

La plupart de ces questions sont relatives à des exemptions ou à des facilités douanières. La Cour le sait, il y a un nombre considérable de cas qui relèvent de cette catégorie. Je ne puis naturellement pas songer à les passer en revue, ce serait fastidieux et inutile. Mais il est manifeste — et c'est la seule chose qui importe en ce moment — que les souverains de l'Inde les ont toujours réglés en se basant sur l'existence de la souveraineté portugaise dans les enclaves. La Partie adverse a invoqué la manière dont ces questions ont été réglées pour établir que les produits portugais en transit ne jouissaient pas de plein droit d'une immunité fiscale et que les avantages qui leur étaient concédés ne l'étaient qu'à titre bénévole.

La peine qu'on a prise pour faire cette démonstration était inutile, parce que nous ne soutenons aucunement que notre droit de passage comporterait une immunité fiscale. Les avantages fiscaux accordés aux marchandises en transit dépendent de l'Inde, c'est entendu, mais pourquoi? Pourquoi l'Inde a-t-elle accordé, à ce point de vue, un régime de faveur aux produits transitant entre Damão et les enclaves et *vice versa*? Pourquoi a-t-elle fait bénéficier de nombreux privilèges de ce genre les produits en question, aussi bien sous l'administration britannique que sous l'administration indienne? La raison en est évidente: c'est qu'il s'agissait de marchandises transitant entre deux portions du territoire portugais. Cette raison est impliquée dans toutes les solutions d'espèce dont le dossier fournit les éléments, mais elle est formellement exprimée dans plusieurs cas.

A titre d'exemples, je citerai les cas suivants:

En 1845, à la suite d'une demande du gouverneur portugais de Goa, sollicitant une exemption de droits pour tous les articles envoyés de Damão à Nagar-Aveli et destinés à être consommés sur place, l'administration britannique de l'Inde reconnaît que la perception de droits sur les articles en question peut être incommode pour le Gouvernement de Damão, parce qu'il s'agit, dit-elle, de son trafic avec « une dépendance isolée ». C'est l'expression qui est employée dans la lettre du 31 janvier 1845 (annexe indienne, lettre E, n° 13, II, p. 281).

Nagar-Aveli est donc désignée comme étant une « dépendance isolée » du Gouvernement de Damão.

Autre exemple. Le 6 septembre 1861, le Gouvernement britannique de Londres, par l'organe du secrétaire d'État pour l'Inde, écrit au gouverneur de Bombay au sujet des droits de transit frappant les marchandises en provenance de Nagar-Aveli et destinées à Damão. Et comment qualifie-t-il le territoire de Nagar-Aveli? Il l'appelle « la *pargana* portugaise de Nagar-Aveli ». (Annexe 86 de la réplique, II, p. 706.)

De même, dans une lettre du 29 octobre 1895, le secrétaire du Gouvernement britannique de l'Inde, parlant du riz qui est produit à Nagar-Aveli, parle du « district portugais de Nagar-Aveli ». (Annexe indienne, lettre C, n° 42, I, p. 390.)

Le 14 juin 1950 — il s'agit cette fois de l'Inde indépendante — le ministre des Affaires extérieures de l'Inde annonce à la légation du Portugal l'exemption de droits de douane au profit des marchandises appartenant au Gouvernement portugais qui transiteront entre Damão et Nagar-Aveli, à la seule condition d'être accompagnées d'un certificat émanant du gouverneur de Damão. (Annexe indienne C, n° 72, I, p. 544.)

A côté des questions fiscales, il y a les questions de passeports. Pour le passage des personnes et notamment pour celui des fonctionnaires portugais, y compris le gouverneur de Damão, l'administration indienne exigeait des passeports et des visas. Les visas, c'est elle naturellement qui les délivrait. Or, qu'étaient ces visas quand il s'agissait de traverser le territoire indien pour aller de Damão aux enclaves ou vice versa? C'étaient des visas de transit. En d'autres termes, l'administration indienne confirmait par là que les enclaves, aussi bien que le territoire côtier de Damão, constituaient pour elle des territoires étrangers, c'est-à-dire des territoires portugais.

Et le passage de la force publique, des militaires, de la police? Et le transit des armes et des munitions? Il y a de nombreux cas de ce genre.

Le Gouvernement indien s'est attaché surtout à établir que ce passage donnait lieu à une autorisation du souverain territorial.

Mais cette autorisation elle-même n'est-elle pas la preuve qu'aux yeux du Gouvernement indien, comme précédemment aux yeux du Gouvernement britannique, Dadrá et Nagar-Aveli faisaient partie du territoire portugais?

On ne concevrait pas sans cela que des soldats et des policiers portugais aient été autorisés à traverser le territoire indien pour s'y rendre.

C'est donc tout au long d'une pratique plus que séculaire que les successeurs des Mahrattes ont reconnu, sans aucun doute possible, l'appartenance des enclaves à la souveraineté du Portugal.

Leur comportement, d'un bout à l'autre de cette longue période, l'atteste à chaque instant. Ils l'ont reconnue parfois d'une manière implicite, mais qui n'est pas moins évidente. Et, en maintes occasions, ils l'ont reconnue dans des termes formels.

Je ne voudrais pas allonger inutilement ma démonstration, mais la Cour me permettra cependant de citer encore un certain nombre de faits que j'aurai peine à passer sous silence.

L'un de ces faits date de 1859. Il s'agit du projet d'échange territorial qui aurait permis au Portugal d'avoir un accès direct à Nagar-Aveli, au moyen d'une sorte de corridor traversant le territoire indien.

Ce projet a été finalement abandonné pour des raisons pratiques, mais l'administration britannique de l'Inde l'avait d'abord envisagé favorablement.

Les faits sont rapportés au paragraphe 129 du contre-mémoire indien et à l'annexe indienne C, n° 35.

Je crois qu'ils se passent de commentaires. Pourquoi créer un corridor, au moyen d'une cession territoriale, entre Damão et Nagar-Aveli, s'il ne s'était pas agi de deux territoires portugais?

Un deuxième fait, assez analogue, date de 1941. Il s'agit de la construction d'une route entre Damão et Nagar-Aveli, d'une route destinée, disait dans sa demande le gouverneur général de l'Inde portugaise, « à assurer en permanence les communications entre le siège du Gouvernement » — c'est-à-dire Damão — « et l'enclave de Silvassa ». Or le Gouvernement de Bombay donna son acquiescement à cette demande,

à condition que le Portugal supporte les frais de construction, étant donné que la question ne présentait pas d'intérêt pour les Britanniques. (Réplique, annexes 93 et 94.)

Un troisième fait sur lequel je me permets d'attirer l'attention de la Cour s'est passé à la conférence de Barcelone de 1921.

Au cours de cette conférence, le délégué de l'Inde émit l'opinion — la Cour le sait — que les dispositions générales du Statut sur la liberté du transit ne seraient pas adaptées, pour des raisons géographiques, aux conditions particulières des établissements français et portugais de l'Inde. Nous avons relevé le fait aux paragraphes 228 et 229 de notre réplique.

La seule constatation que je ferai, pour ma part, c'est que le délégué de l'Inde a parlé, dans son exposé à la conférence de Barcelone, du « district portugais de Damão », en précisant que ce district comprend un territoire côtier et deux enclaves se trouvant à l'intérieur de l'Inde.

Cette déclaration a été faite à la séance du 22 mars 1921, après-midi; elle figure à la page 153 des procès-verbaux de la conférence de Barcelone.

Comment ne pas mentionner, par ailleurs, une autre déclaration tout aussi nette qui figure dans une lettre de l'administration indienne des accises, en date du 5 mars 1948 (donc, sous le régime de l'Union indienne)?

Voici ce que nous lisons dans cette lettre:

« Le territoire de Nagar-Aveli, bien qu'il soit politiquement territoire portugais, est considéré comme territoire indien en matière douanière. »

« Bien qu'il soit politiquement un territoire portugais »: on ne pourrait pas être plus affirmatif.

La lettre est reproduite dans les annexes indiennes: annexe C, n° 70, I, pages 541 et 542.

Arrivons à l'année de la crise — l'année 1954.

Le 17 juillet, le consul général de l'Inde à Goa annonce au gouverneur portugais un certain nombre de mesures dont l'application immédiate vient d'être décidée par le Gouvernement de l'Inde.

Comment qualifie-t-il ces mesures?

Ce sont, dit-il, « des changements aux avantages accordés jusqu'ici à l'administration portugaise de Damão et de Nagar-Aveli ». (Annexe 14 du mémoire.)

« A l'administration portugaise de Damão et de Nagar-Aveli »: le Gouvernement de l'Inde souligne ainsi l'unité de l'administration qui s'exerce à Damão et sur l'enclave de Nagar-Aveli; il ne met pas en doute qu'il s'agit, d'un côté comme de l'autre, de territoire portugais.

Quelques jours plus tard, les enclaves vont être occupées.

Quelle attitude le Gouvernement indien prend-il devant les protestations du Gouvernement portugais? Prétend-il que le Portugal n'est pas fondé à se plaindre parce que Dadrá et Nagar-Aveli ne feraient point partie de son domaine de souveraineté? Ce serait évidemment sa réaction naturelle s'il avait sur ce point le moindre doute.

Or, non seulement il n'en fait rien, mais il se prononce nettement dans un sens opposé.

On pourrait passer en revue les différentes déclarations, on n'en trouverait aucune qui contiennent une réserve quelconque à ce sujet.

Je ne citerai, à titre d'exemple, que le communiqué de presse publié par le Gouvernement indien le 22 juillet 1954. Ce communiqué officiel dément que les communications aient été coupées entre Damão et « les enclaves portugaises de Nagar-Aveli et de Dadrá ». (Annexe 44 du mémoire.)

La rupture des communications est donc contestée, mais non le caractère portugais des enclaves.

Et si les déclarations faites par le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi au lendemain de l'occupation de Dadrá et de Nagar-Aveli confirment, sans exception, que l'Inde ne met pas en doute la souveraineté portugaise sur les enclaves, n'en est-il pas de même de toutes les pièces de la procédure, depuis que le présent litige a été porté devant la Cour?

L'existence des deux enclaves portugaises à l'intérieur du territoire indien constitue, peut-on dire, le pivot de la contestation, puisque la demande du Portugal n'aurait manifestement aucune base si ce fait n'était pas acquis. Or, depuis quatre ans que les Parties échangent des mémoires et plaident au sujet de ce différend, jamais, à aucun moment, l'Inde n'a mis en question le fait de la souveraineté portugaise à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Elle a bien soutenu, dans un court passage de sa duplique, que la victoire des insurgés aurait modifié maintenant la situation juridique antérieure.

J'ai démontré, dans ma première plaidoirie, que cette thèse est indéfendable. Mais, au point de vue qui nous occupe en ce moment, elle mérite d'être relevée, car elle implique évidemment qu'au moment où la prétendue insurrection a éclaté, la souveraineté portugaise sur les enclaves ne faisait aucun doute et que l'Inde la reconnaissait pleinement.

Si le Gouvernement de l'Inde n'avait pas admis comme un fait indubitable l'existence, à l'intérieur de son territoire, des deux enclaves portugaises, il serait inconcevable qu'il n'ait pas élevé à cet égard la moindre dénégation tout au long de la procédure, alors que cette situation commande le procès.

La Cour voudra bien m'excuser d'être entré dans ces considérations qui ont pris malheureusement un certain temps. J'aurais voulu l'éviter. Si nos estimés contradicteurs avaient reconnu franchement et sans ambages ce qui est aussi clair que le jour, je n'aurais pas eu à faire cette démonstration. Mais comme ils ont cru préférable de rester dans une certaine équivoque, il m'a été impossible de garder le silence.

L'existence des deux enclaves portugaises a donc été reconnue par les souverains successifs de l'Inde. Elle l'a été par les Britanniques; elle l'a été par l'Union indienne.

Or, la reconnaissance est un acte juridique qui produit des effets sur le plan international.

Ce n'est pas la simple constatation d'un fait.

L'État qui reconnaît une situation donnée manifeste par là la volonté de la considérer comme faisant partie de l'ordre international et il s'oblige à y conformer son attitude.

En reconnaissant l'existence des enclaves portugaises, l'Union indienne et ses prédécesseurs ont donc reconnu que le Portugal a le droit d'exercer sa souveraineté sur des parcelles enfermées à l'intérieur du territoire indien et auxquelles le Portugal ne peut accéder qu'en passant par ce territoire.

Comment concilier cette reconnaissance avec une réserve tacite, qui livrerait l'exercice de la souveraineté portugaise à la discrétion de l'Inde;

qui permettrait à l'Inde de s'opposer à l'exercice de cette souveraineté, quand elle le veut et pour les motifs dont elle serait seule juge?

Car c'est bien à cela qu'aboutit la thèse de l'Inde. D'après elle, l'utilisation du territoire indien comme voie de transit échapperait à toute règle internationale, à toute obligation. Elle dépendrait uniquement du bon vouloir de l'Union indienne.

Imagine-t-on le souverain de l'Inde disant au Portugal: « Je reconnais que Dadrá et Nagar-Aveli relèvent de votre souveraineté; j'admets la validité de cette situation; mais je me réserve le droit d'y mettre fin. J'ai les moyens de le faire, puisqu'il vous est impossible d'exercer votre souveraineté sans passer par mon territoire. Eh bien, je me réserve d'utiliser ces moyens, comme je le voudrai, quand je le voudrai et pour des raisons que j'apprécierai discrétionnairement »?

Il tombe sous le sens que, si l'Union indienne avait tenu pareil langage, le Portugal lui aurait répondu que, dans ces conditions, sa reconnaissance perdait toute valeur; qu'elle n'était plus qu'un trompe-l'œil, et qu'il fallait dissiper la confusion par une attitude franche, dans un sens ou dans l'autre.

Jamais cette réserve n'aurait été admise si elle avait été formellement articulée.

Et on prétend qu'elle existerait implicitement; qu'elle devrait être considérée comme limitant implicitement les effets de la reconnaissance.

Malgré tout, nos estimés contradicteurs ne se tiennent pas pour battus.

Seulement, arrivé à ce point, leur raisonnement s'accroche à des affirmations si manifestement inadmissibles qu'on hésite presque à les relever.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal est nécessaire; il est indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise. Et de cette nécessité évidente, nous concluons qu'il est impossible d'interpréter la reconnaissance de la souveraineté portugaise sans y comprendre l'obligation de ne pas s'opposer au transit nécessaire.

La notion de nécessité intervient ainsi dans notre argument. Elle en constitue un élément majeur.

C'est la planche de salut à laquelle nos adversaires vont essayer, tant bien que mal, de s'accrocher.

Cette notion de nécessité va devenir leur point d'appui.

Mais qu'en ont-ils fait?

Dans son intervention du 13 octobre, le professeur Guggenheim s'est efforcé de démontrer que le droit international ne consacrerait pas les conséquences nécessaires d'une situation juridique donnée.

Et il a pris pour cela trois exemples: celui des États qui sont privés de littoral maritime; celui du port d'Anvers, qui ne peut communiquer avec la mer que par le Bas-Escaut néerlandais; et celui des États riverains d'un fleuve international qui sont situés en amont du cours d'eau.

Je dois faire tout de suite une réserve en ce qui concerne l'exemple du port d'Anvers. Le professeur Guggenheim affirme que les communications d'Anvers avec la mer ne sont assurées que par convention, et il invoque en ce sens l'opinion de Van Eysinga. Je sais que Van Eysinga a soutenu cette thèse. Mais je sais également qu'elle est loin d'être conforme à l'opinion dominante.

Même s'il n'y avait pas de convention, il est difficile d'admettre que l'accès d'Anvers à la mer pourrait être interdit par les Pays-Bas. Les

excellentes relations qui existent entre la Belgique et la Hollande enlèvent évidemment à la question toute importance pratique. Mais, abstraction faite de cette considération, on ne voit guère le Gouvernement de La Haye ressusciter aujourd'hui ses anciennes prétentions à la fermeture de l'Escaut.

Je puis témoigner dans tous les cas qu'au cours des longues négociations qui ont eu lieu au lendemain de la première guerre mondiale au sujet de l'Escaut, cette idée n'a pas effleuré un instant la pensée du Gouvernement néerlandais.

Laissons donc de côté l'exemple du port d'Anvers. Il est certainement mal choisi.

Restent le cas des États privés de littoral maritime et celui des États riverains d'amont d'un fleuve international.

Le professeur Guggenheim nous dit que l'accès des premiers à la mer et le passage des seconds par les sections inférieures du fleuve ne sont pas assurés par le droit international général et que ce n'est que par voie de convention qu'ils peuvent l'être.

Admettons. Mais comment peut-on assimiler la situation de ces États à celle du souverain d'une enclave?

J'ai souligné au début de ma première plaidoirie l'impossibilité d'une telle assimilation.

Sans doute l'État qui n'a pas de littoral maritime et celui qui est situé en amont sur un fleuve international sont-ils dans une situation défavorable et qu'il serait désirable d'améliorer.

Mais personne ne soutiendra que ces États se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leur souveraineté sur la totalité de leur territoire — ce qui est la situation d'un État dont une parcelle est complètement enclavée dans un territoire étranger.

La Suisse n'a pas de littoral maritime. Mais il n'y a aucune portion du territoire suisse qui soit enfermée dans un territoire étranger et avec laquelle le Gouvernement de Berne ne pourrait donc communiquer qu'en passant par ce territoire étranger.

La Suisse est riveraine du Rhin sur une section d'amont. Les conventions en vigueur lui assurent le droit de passer par les sections inférieures du fleuve. Mais à supposer que ces conventions n'existent pas et que le droit international général ne lui donne pas le droit de passer, le gros inconvénient qui en résulterait n'empêcherait tout de même pas la Suisse d'exercer sa souveraineté sur la totalité de son territoire.

C'est là le problème posé.

C'est là le problème litigieux.

Le Portugal dit: il y a un morceau de mon territoire, même deux morceaux, les deux enclaves qui sont hors de ma portée, qui sont enclavés en territoire étranger. Et sans le droit de passage je ne puis pas exercer sur eux ma souveraineté.

Il n'y a absolument aucune assimilation possible entre les hypothèses dont je viens de parler et la nôtre. Et quand on recourt en pareil cas à la notion de « nécessité », on commet tout simplement un abus de langage. On confond ce qui est vraiment nécessaire avec ce qui est désirable; avec des facilités, importantes sans doute, mais dont l'État peut, à la rigueur, se passer sans que la souveraineté que le droit international lui attribue soit rendue impossible sur un point quelconque de son territoire.

Quant au professeur Rolin, l'ampleur qu'il a donnée à la notion de nécessité dépasse encore les proportions dont je viens de parler.

Il s'est même appuyé, pour illustrer cette notion, sur une étude récente et d'ailleurs pleine d'intérêt de M. Jenks, où celui-ci passe en revue une série de grands problèmes actuels concernant, par exemple, des mesures artificielles pour précipiter la pluie sur des régions arides; l'utilisation massive des réserves souterraines d'eau, de pétrole et de gaz; la restauration de régions de l'Afrique du nord et du Moyen-Orient qui furent autrefois les greniers de grands empires, etc.

En écoutant ce vaste programme, je me demandais quel lien pouvait exister entre ce programme et la question litigieuse.

Or, ce lien, le voici: Jenks dit — avec raison, je pense — qu'il y a une urgente nécessité à ce que ces problèmes fassent l'objet d'une action internationale. « Une urgente nécessité. » Voilà les mots qui ont frappé nos estimés contradicteurs. Et aussitôt, ils s'en emparent pour nous dire: « Vous voyez bien, tout cela est nécessaire! Tout cela est nécessaire, et pourtant, tout cela n'est pas encore réglé par le droit positif. Il ne suffit donc pas qu'une chose soit nécessaire pour qu'elle soit juridiquement consacrée. »

Je pense qu'il est inutile d'insister.

Le professeur Rolin a d'ailleurs été plus loin encore. Il a cité le mot tristement célèbre du chancelier Bethmann-Hollweg: « Nécessité ne connaît pas de loi. »

A-t-il perdu de vue que, si le chancelier allemand de 1914 invoquait la nécessité, c'était pour justifier une violation du droit, pour justifier la violation par l'Allemagne des engagements qu'elle avait pris de respecter la neutralité belge?

La nécessité dont nous faisons état n'a aucun rapport avec tout cela.

La nécessité que nous invoquons, c'est une nécessité logique, dont il est indispensable de tenir compte pour interpréter un acte juridique qui l'implique nécessairement, évidemment.

Un acte juridique doit s'interpréter de bonne foi, et il doit s'interpréter conformément à son but et de manière à produire ses effets utiles.

Les conséquences logiquement nécessaires qu'il implique font donc partie intégrante de l'acte lui-même; et l'interprète qui fermerait les yeux à ces conséquences logiquement nécessaires méconnaîtrait son devoir d'interprète.

En ce sens-là, personne ne peut sérieusement contester que la nécessité soit un élément constitutif du droit.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement de l'Inde a déployé des efforts considérables pour combattre notre demande.

Mais il y a certaines choses qu'il n'a pas expliquées, et ce sont des choses essentielles.

Il n'a pas expliqué comment le Portugal pourrait exercer sa souveraineté sur les enclaves sans traverser le territoire indien.

Et il n'a pas expliqué non plus comment les souverains de l'Inde auraient pu reconnaître l'existence de la souveraineté portugaise sur des enclaves situées à l'intérieur du territoire indien, tout en se réservant la faculté de paralyser discrétionnairement l'exercice de cette souveraineté.

Nos estimés contradicteurs auront beau, je pense, mobiliser toutes les ressources de leur imagination et de leur dialectique: il y a là deux obstacles qu'ils ne parviendront pas à franchir.

J'ai terminé cette partie de mon exposé et avec votre permission, Monsieur le Président, ce sera M. le doyen Telles qui me succédera à la barre pour parler des faits historiques et des titres particuliers.

20. RÉPLIQUE DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 27, 28 ET 29 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 27 octobre 1959, matin.]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Suivant le plan indiqué, je vais m'occuper tout d'abord de la période mahratte.

Pour ce qui est des faits de cette période (comme pour ce qui est des autres matières), la Partie adverse n'a pas réussi à ébranler l'exposé fait dans nos premières plaidoiries. Nos distingués contradicteurs se sont bornés, le plus souvent, à répéter les arguments déjà fournis dans la duplique et auxquels, par conséquent, il a été déjà répondu d'avance par mon collègue, M. le doyen Braga da Cruz; et quand ils ont ébauché une tentative de réponse à nos arguments, ils se sont limités presque toujours à traiter de points secondaires, sans intérêt véritable, en laissant debout la thèse portugaise dans sa structure fondamentale.

Nous croyons avoir bien marqué, avant toute autre chose, la juste mesure de la valeur que les faits de la période mahratte revêtent dans la présente affaire. D'une part, il n'est pas licite de minimiser leur valeur historique — comme l'ont fait les exceptions préliminaires indiennes et comme M. l'*Attorney-General* de l'Inde, dans son exposé du 14 octobre, a essayé de nouveau de le faire — sous prétexte que les Britanniques auraient fait table rase de tous les engagements pris antérieurement par les Mahrattes, puisque, en réalité, ils ne l'ont pas fait et ils n'auraient juridiquement pas pu le faire. Nous l'avons prouvé aux paragraphes 146 à 157 de la réplique et dans la plaidoirie du 26 septembre (IV, pp. 408-411 du compte rendu). D'autre part, il n'est pas licite non plus de gonfler l'importance juridique des faits de cette période, comme l'a fait la duplique indienne, sous prétexte que la demande présente un caractère essentiellement historique.

L'un quelconque des titres invoqués par le Gouvernement portugais suffit, en lui-même, pour fonder et justifier le droit de passage revendiqué; et par conséquent on ne peut soutenir que la demande est essentiellement historique ou que les faits d'ordre historique doivent avoir une importance supérieure, pour la décision de l'affaire, aux autres bases sur lesquelles se fonde la demande portugaise. Les faits historiques — et, parmi eux, évidemment, ceux de la période mahratte — ont de l'importance, dans la mesure où ils démontrent que le droit réclamé par le Gouvernement portugais, en plus de ce qu'il s'établit sur les principes généraux du droit et sur la coutume générale, a aussi pour fondement une base conventionnelle et une coutume locale datant de temps reculés.

Nous nous occuperons d'abord de la base conventionnelle.

Il a été démontré à ce sujet que la base conventionnelle de notre droit de passage a comme première expression dans l'ordre chronologique, en pleine période mahratte, un traité conclu en 1779 entre l'État portugais de l'Inde et le Gouvernement de Punem, par lequel les Mahrattes

promirent de remettre aux Portugais, près de Damão, des villages produisant un revenu de 12.000 roupies.

Ce fut en exécution de ce traité que les Mahrattes remirent aux Portugais, en 1783 et 1785 respectivement, les villages de Nagar-Aveli et de Dadrá, dans l'impossibilité où ils se trouvèrent de leur remettre le territoire contigu à Damão littoral, comme ils le désiraient et comme ils l'ont vainement ordonné en 1780.

Or, il est évident que le traité, en faisant une concession territoriale aux Portugais, conférait nécessairement, en même temps, à ceux-ci les moyens indispensables à l'exercice des droits que cette concession impliquait; et, comme cette concession vint à se concrétiser sur des territoires enclavés, ces droits auraient été vidés de tout leur contenu s'ils n'avaient pas implicitement entraîné avec eux la faculté de passer par le territoire mahratte intercalaire. Le droit de passage est donc implicitement contenu dans le traité même qui constitue la base juridique de la concession.

On comprend bien, sous cet éclairage, pourquoi nos éminents contradicteurs se sont engagés à fond — soit dans le contre-mémoire, soit dans la duplique, soit dans la plaidoirie de M. l'*Attorney-General* du 14 octobre — dans la défense de la thèse que le Traité de 1779 n'avait jamais existé juridiquement comme tel, et que la concession territoriale faite aux Portugais n'avait eu comme base juridique que les *sanads* (ou documents de chancellerie) émis par les Mahrattes en 1783 et 1785 pour ordonner la remise des enclaves aux Portugais. Le droit de passage, comme la concession territoriale elle-même, n'aurait plus, dans ce cas, une base conventionnelle comme premier fondement dans l'ordre chronologique; et tout se trouverait fondé, *ab initio*, simplement sur des documents unilatéralement émanés du Gouvernement mahratte.

Cette thèse cependant, comme l'a démontré le professeur Braga da Cruz, est entièrement dénuée de fondement. Le traité a été conclu en forme juridique par un échange de textes authentiques entre les deux Hautes Parties contractantes: un texte authentique en langue portugaise, scellé, signé et envoyé à Punem le 4 mai 1779 par le vice-roi du Portugal, et un texte authentique en langue mahratte, scellé par le *Peshwa* de Punem le 17 décembre de la même année et officiellement remis à Goa le 23 décembre, en même temps qu'une lettre personnelle du souverain mahratte pour le vice-roi.

Suivant ce qui a été expliqué, ce système de conclusion des traités par échange de documents authentiques était fréquent à l'époque; et d'ailleurs, aujourd'hui encore le droit international l'admet et le pratique couramment. Mais, de plus — et c'est ce point qui importe vraiment —, dans le cas concret du Traité de 1779, sa conclusion par échange de textes authentiques fut dûment prévue et préparée par les deux Hautes Parties intéressées. M. le doyen Braga da Cruz l'a fort clairement démontré dans sa plaidoirie du 23 septembre (IV, p. 335 du compte rendu) en lisant et commentant les dernières phrases du projet de traité de 1775, reproduit à l'annexe indienne E n° 3.

Comment l'agent du Gouvernement de l'Inde a-t-il répondu à cet argument? Tout simplement en relisant le texte, mais seulement pour la première partie et en ignorant la partie finale qui ne s'accordait pas avec son point de vue. M. l'*Attorney-General* s'est proposé, en effet, de démontrer que le texte en question « ne prouve en aucune manière la thèse avancée par le Portugal » (IV, p. 722 du compte rendu de l'audience

du 14 octobre); et à cette fin, il a demandé à la Cour permission de relire le même texte. Mais il n'en a lu que ce qui suit :

« En conséquence un accord est rédigé. Le *Firangee* [c'est-à-dire le vice-roi portugais] le concluera avec cérémonie, selon sa coutume, et y apposera son sceau et sa signature. Le *Peshwa* apposera son sceau sur l'accord, avec cérémonie, selon sa coutume; il le remettra au *Firangee* et le *Firangee* le remettra au *Peshwa*. »

M. l'*Attorney-General* a terminé ici la lecture du texte invoqué et, de la sorte, il lui a été facile de conclure :

« que même dans cette procédure, le *Peshwa* devait apposer son sceau sur ce document, c'est-à-dire le document portant la signature et le sceau du *Firangee* » [le document portugais].

Seulement, le texte ne finit pas là. Il continue immédiatement dans les termes suivants :

« Au reçu de ces copies, les deux parties adresseront des instructions à cet égard aux *amaldars*, *subhadars* ou commandants de la marine des deux territoires et un avis sera diffusé par crieur public dans les deux territoires afin que personne n'agisse par ignorance contrairement à cet accord, et il n'aura aucune raison de rompre l'amitié. »

Cette seconde partie du texte en cause, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, a été lue, conjointement avec la première, par mon collègue Braga da Cruz, dans sa plaidoirie du 23 septembre. Et, en la commentant, mon collègue a appelé expressément l'attention sur la phrase « au reçu de ces copies » (au pluriel), ajoutant que la version anglaise présentée par le Gouvernement de l'Inde aux annexes E n° 3 et F n° 20 est encore plus expressive, car elle dit « *on the delivery of these copies to each other* », c'est-à-dire, lors de la remise de ces textes par chacune des Parties à l'autre. En disant clairement que le traité serait considéré comme conclu « au reçu de ces copies » (au pluriel), le texte en discussion ne peut avoir voulu se référer à l'apposition des sceaux des deux Parties, sur le même document, mais bien, de façon bien différente, à la remise de textes authentiques par chacune des Parties à l'autre : « *delivery of these copies to each other* ».

Comme on le voit, le texte, une fois tronqué, peut sembler favorable au point de vue indien. Mais lu dans son entier, il est indiscutablement décisif en faveur de la thèse portugaise.

Et tout s'est passé, en réalité, comme il avait été prévu dans ce document : le traité fut juridiquement conclu par échange de textes authentiques. Nier que cette remise de textes ait été réalisée — comme le fait la duplique indienne et comme l'agent de l'Inde persiste à le faire dans sa plaidoirie — est nier l'évidence. Il n'existe pas moins de trois documents pour attester que le texte portugais, signé et scellé par le vice-roi le 4 mai 1779, fut reçu à Punem : les deux documents reproduits à l'annexe indienne F n° 22 et la lettre où le *Peshwa* lui-même en accusa réception et annonça au vice-roi l'envoi du texte mahratte du 17 décembre 1779 (annexe indienne E n° 6). Et que ce texte mahratte ait été reçu à Goa, personne ne peut le contester, car aujourd'hui encore il existe dans nos archives et il se trouve déposé au Greffe de la Cour.

Par-dessus tout, la thèse indienne concernant l'inexistence du traité se heurte à une difficulté insurmontable : à savoir que tous les documents de la chancellerie mahratte qui se rapportent à la remise des villages aux Portugais, tous, sans une seule exception, et on en trouve au dossier plus d'une dizaine, déclarent qu'un accord ou qu'un traité a été conclu entre le Gouvernement de Goa et le Gouvernement de Punem et que c'est en exécution de cet accord ou de ce traité que les villages sont remis ou ont été remis aux Portugais. Bien plus, cinq de ces documents, précisément ceux qui se rapportent à la remise effective des enclaves de Nagar-Aveli et de Dadrâ au Portugal, ne se bornent pas à dire qu'un traité a été conclu, ils disent expressément qu'un traité a été conclu en 1779.

Le Gouvernement portugais a mis ce fait dûment en relief dans les paragraphes 66, 67 et 91 de la réplique ; et la duplique indienne n'a pas pu, évidemment, se soustraire au poids de l'argument. Elle a utilisé deux pages (III, pp. 110 et 111) à reproduire de brefs extraits des documents en question d'où elle a systématiquement supprimé les phrases qui ont trait à la conclusion du traité de 1779 ; et elle finit en voulant nous convaincre que les documents mahrattes, quand ils parlent d'un traité conclu en 1779, veulent simplement faire allusion à la première promesse de remise des villages faite en 1776 à l'envoyé portugais Narana Sinai Dumo.

M. le professeur Braga da Cruz, dans sa plaidoirie du 23 septembre (IV, pp. 339-340), a mis en évidence l'absurde de cette explication ; et il a donné lecture devant la Cour, un par un, des passages des documents mahrattes qui font allusion à la conclusion d'un traité en 1779, entre la Cour de Punem et l'État portugais (annexes indiennes C n^{os} 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 et 18). En suite de quoi nos honorables adversaires se résignèrent à abandonner l'explication donnée dans la duplique et en donnèrent une autre, contraire elle aussi à l'évidence même : ces documents, quand ils disent qu'un traité a été conclu en 1779 (je cite les mots de M. Setalvad à la page 724 (IV) du compte rendu du 14 octobre),

« ne se réfèrent pas à la conclusion d'un traité bilatéral entre Mahrattes et Portugais ; ils se réfèrent à la signature d'un document, le 17 décembre 1779, et à sa transmission à Goa, en attendant que soient remplies les formalités prescrites dans le document mahratte de 1775 ».

A ce sujet, nous voudrions seulement demander à nos distingués contradicteurs ce qu'il faut entendre par conclusion d'un traité. En réalité les documents en cause (et l'un d'entre eux a été expédié deux jours seulement après l'apposition du sceau du *peshwa* sur le texte mahratte du traité) disent qu'un traité a été conclu, ou une fois l'accord conclu, ou à l'époque de la conclusion du traité, ou qu'un traité a été conclu en 1779. Est-il acceptable d'appeler conclusion d'un traité, la simple expédition d'une contre-proposition (ainsi que la qualifient nos collègues de l'autre côté de la barre) qui n'aurait jamais été ni acceptée ni rejetée par son destinataire ?

Il faut avouer que la nouvelle explication de la Partie adverse est aussi évidemment inadmissible que la précédente. Nos contradicteurs devront reconnaître que l'idée de la thèse de l'inexistence juridique du traité fut une idée malheureuse et que la réalité historico-juridique est celle-ci : les deux États intéressés ont signé le traité, l'ont exécuté, observé

et respecté comme étant un traité véritable; et ils se sont toujours considérés comme engagés par ses dispositions, sans jamais élever — dans leurs relations réciproques — le plus léger doute sur sa vigueur ni sur son caractère vinculatif bilatéral.

En conclusion, on est forcé de reconnaître que le droit de passage réclamé aujourd'hui par le Gouvernement portugais a une base conventionnelle et que cette base est le Traité de 1779, traité en exécution duquel les enclaves de Nagar-Aveli et de Dadrá furent remises aux Portugais.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ceci démontré, le problème consistant à savoir quelle a été la nature juridique de la concession territoriale faite par ce traité à l'État portugais de l'Inde est dépourvu d'intérêt relativement à la question du droit de passage.

Comme l'a affirmé le professeur Braga da Cruz dans sa plaidoirie du 23 septembre (et cela n'a pas été contesté par la Partie adverse), même si l'on devait entendre que la concession a été faite à titre précaire, comme le soutiennent nos adversaires, et que le Portugal n'acquiesce la souveraineté sur Dadrá et Nagar-Aveli que par prescription ou longue occupation, il faudrait toujours reconnaître qu'à la base de cette prescription ou longue occupation existait le Traité de 1779 et que ce titre, en légitimant l'occupation des enclaves, a implicitement légitimé le droit de passage nécessaire à cette occupation.

L'exposé du professeur Braga da Cruz a cependant montré que dans ce problème, la thèse de la Partie adverse n'est pas davantage fondée en raison. La thèse indienne, à cet égard, s'appuie seulement sur le fait que dans quelques documents mahrattes, d'ailleurs assez rares, on aurait employé le mot *jagir* ou le mot *saranjam* à propos de la concession territoriale faite aux Portugais. Et ceci suffirait pour leur attribuer la nature juridique d'une concession purement fiscale et librement révocable par le cessionneur.

Mon collègue le professeur Braga da Cruz s'est longuement étendu sur l'analyse de cette thèse. Il a d'abord apprécié le problème sous son aspect purement doctrinal, et il s'est occupé ensuite de son aspect pratique relativement au cas concret de la concession faite par les Mahrattes aux Portugais. Et les efforts de la Partie adverse pour réfuter son argumentation ont été vains, ainsi que nous allons rapidement le faire voir.

Sous son aspect doctrinal ou théorique, la thèse portugaise se résume en quatre points qui se trouvent énoncés à la page 342 (IV) du compte rendu du 23 septembre, sur lequel nous attirons respectueusement l'attention de la Cour.

Le premier point de la thèse portugaise affirme que:

« Les termes *saranjam* et *jagir*, contrairement à ce que prétend le Gouvernement de l'Inde, n'ont pas un sens unique, rigoureux et juridiquement précis. »

A l'appui de cette affirmation, des textes de Molesworth, Surendranath Sen, Wilson et Gopal Krishna ont été invoqués; et l'on a montré que le premier sens de ces mots et le plus courant, pour nous servir des termes mêmes du *glossaire* de Wilson, est celui de:

« appareils, provisions, équipements, matériaux, ce qui est nécessaire pour une quelconque entreprise ».

M. l'agent de l'Inde s'est borné à dire, dans sa plaidoirie du 14 octobre, que les mots *saranjam* ou *jagir*, dans les documents en cause:

« ne signifient assurément pas appareils, instruments, mobiliers, etc. » (IV, p. 727 du compte rendu).

De cette façon s'est trouvé remplacée par un *et cetera* la partie du texte de Wilson qui ne cadrerait pas avec la thèse de nos contradicteurs. Cet *et cetera* correspond, dans le texte de Wilson, aux mots :

« provisions, ce qui est nécessaire pour une quelconque entreprise ».

Et l'on sait que les enclaves ont précisément été données à l'État portugais comme source de provisions, comme ce qui était nécessaire pour l'entretien de la place de Damão.

Mais indépendamment de ceci, M. l'agent de l'Inde n'a pas contesté — ni ne pouvait le faire, car les textes sont fort clairs — que les mots *saranjam* et *jagir* ont des sens multiples. Or, en acceptant cette prémisse de la thèse portugaise, il lui faut bien accepter la conclusion, à savoir que cette multiplicité de sens des mots *saranjam* et *jagir* suffit pour rejeter la thèse indienne selon laquelle ils impliqueraient toujours l'idée d'un simple octroi d'un revenu, librement révocable par le Gouvernement.

Le premier point de la thèse portugaise, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, n'a donc pas subi, ni ne peut subir, de contestation valable.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans son second point, la thèse portugaise accepte volontiers le fait que les termes *saranjam* et *jagir* puissent être employés pour désigner un certain type de concessions territoriales; mais elle refuse d'accepter que ces concessions soient toujours, par concept ou par définition — comme le prétend la Partie adverse —, de simples concessions d'un revenu territorial, révocables *ad libitum* par le concessionnaire. Comme l'a affirmé et démontré M. le doyen Braga da Cruz :

« Même en faveur de simples particuliers, à côté de concessions-saranjam qui impliquaient l'octroi d'une part seulement du revenu royal, il y en avait d'autres qui impliquaient la donation même de la terre destinée à produire certains revenus; et, à côté de concessions-saranjam révocables au gré du Gouvernement, il y en avait d'autres qui impliquaient le transfert total, héréditaire et perpétuel des terres concédées. » (Compte rendu du 23 septembre, IV, p. 342.)

A l'appui de ce second point de la thèse portugaise a été invoquée, avant toute autre, l'autorité de Wilson et de son *Glossaire de termes judiciaires et fiscaux*.

Cet ouvrage a été utilisé en faveur de leur thèse par nos honorables contradicteurs, qui en ont transcrit un long extrait dans la note 1 de la page 61 de la duplique. Mais, comme l'a dit mon collègue le professeur Braga da Cruz dans sa plaidoirie du 23 septembre (IV, p. 346), la transcription faite en cet endroit de la duplique indienne contient deux graves défauts: en premier lieu, le mot *without* qui figure dans l'original a été remplacé par le mot *upon*, ce qui inverse complètement le sens de la phrase; et en second lieu, la citation est tronquée: elle se termine précisément au commencement de la phrase où Wilson affirme que les détenteurs de jagirs héréditaires :

« n'en peuvent être légitimement dépossédés », ce qui signifie, évidemment, qu'ils étaient irrévocables.

M. l'agent de l'Inde n'a fourni dans sa plaidoirie aucune explication, ni sur le remplacement du mot *without*, qui a renversé le sens du texte, ni sur l'omission de la phrase qui condamne expressément la thèse indienne. Il s'est borné à lire et à commenter deux petits extraits du passage discuté qui, séparés de leur contexte, semblent moins préjudiciables à la thèse indienne; et il a cité, encore une fois, un autre passage de l'ouvrage de Wilson, déjà invoqué au paragraphe 104 de la duplique, mais en omettant, au milieu, quelques mots qui ne cadraient pas à son point de vue. Les mots omis par M. l'*Attorney-General* de l'Inde sont précisément ceux où Wilson dit que les concessions-*saranjams* étaient faites: « généralement pendant la vie du bénéficiaire » (« *usually for the life of the grantee* »), par quoi Wilson veut manifestement dire que ces concessions, tout en étant généralement viagères, pouvaient cependant aussi être héréditaires et perpétuelles. Par l'omission de ces mots, la dernière partie du texte cité paraît avoir un sens différent de celui qu'il possède en réalité, puisqu'une affirmation que Wilson voulait, de toute évidence, faire porter seulement sur les concessions-*saranjams* de caractère viager se trouve transformée en une affirmation de portée générale.

Mais le second point de la thèse portugaise ne s'appuie pas seulement sur l'ouvrage de Wilson. L'existence de *saranjams* ou *jagirs* perpétuels, héréditaires et irrévocables au temps des Mahrattes se retrouve expressément reconnue dans l'ouvrage de Patel (*The Indian Land Problem and Legislation*), dans les avis donnés en 1834 par deux hauts fonctionnaires britanniques (Mr. Warden et Mr. Elphinstone), dans l'ouvrage du colonel Etheridge (*List of Saranjams*) et dans quelques arrêts des tribunaux supérieures de l'Inde: *Ramchandra v. Venkatrao* (annexe indienne F n° 28), *Goulabdas Jugivandas v. Collector of Surat* (note 1 de la page 74 de la duplique) et *Raghojirao v. Lakshmanrao* (annexe indienne F n° 34). Tous ces textes ont été cités et dûment analysés dans la plaidoirie du professeur Braga da Cruz (IV, pp. 347-350 du compte rendu) et la Partie adverse n'a pas contesté ni ne pourrait contester la valeur décisive qu'ils possèdent en faveur de la thèse portugaise, qui peut ainsi, sur ce second point — comme sur le premier —, être considérée comme pleinement établie.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la thèse portugaise soutient, en troisième lieu, qu'il n'y avait pas même une présomption en faveur du caractère précaire ou purement fiscal des concessions-*saranjams* et qu'il restait donc toujours à démontrer, par les documents et les faits qui avaient entouré la concession, quelle était sa véritable nature juridique.

Mon collègue Braga da Cruz a invoqué, à ce sujet, le texte exprès de l'affaire *Secretary of State v. Laxmibay* (publié dans l'annexe indienne F n° 29) et a démontré la vanité des tentatives de la duplique indienne de se dérober au poids de cet argument, bien que, dans ce sens, nos distingués adversaires aient reproduit un texte où fut supprimé le mot *not*, transformant ainsi en affirmation ce qui était une négation.

M. l'agent de l'Inde, dans sa plaidoirie, n'a donné aucune explication au sujet de la modification introduite dans le texte en question et il n'a pas ébauché la moindre réponse à l'argumentation portugaise, qui doit ainsi, quant à ce troisième point, être considérée comme acceptée par la Partie adverse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, un quatrième point, finalement, est soutenu par la thèse portugaise: qu'il y avait une catégorie

spéciale de concessions-*saranjams* en face de laquelle toutes les règles relatives aux *saranjams* ordinaires restaient en suspens: celle des *saranjams* garantis par traités (*treaty saranjams*). Ces *saranjams* étaient en marge de toutes les règles des *saranjams* ordinaires, et leur nature juridique, ainsi que l'ampleur des droits et des obligations qu'ils impliquaient pour le donateur et le concessionnaire, étaient uniquement déterminées par le texte du traité lui-même, ou par d'autres manifestations d'accord de volontés des intéressés.

Ce dernier point de la thèse portugaise s'appuie sur des textes exprès et sans équivoque des ouvrages d'Etheridge (*List of Saranjams*), Gejji (*Phadni's Hereditary Offices Act*) et Patel (*The Indian Land Problem and Legislation*), déjà cités et reproduits à l'annexe 1 de notre réplique et invoqués de nouveau par mon collègue Braga da Cruz dans sa plaidoirie du 23 septembre (IV, p. 351 du compte rendu).

M. Setalvad n'a pas contesté la valeur de ces textes, ni n'aurait pu le faire, car ils ne laissent aucune marge au doute et appartiennent à des ouvrages d'une autorité indiscutée. Il s'est borné à défendre la thèse que les *saranjams* garantis par traité étaient librement révocables par le concessionneur, au même titre que les *saranjams* ordinaires. Mais, pour défendre cette thèse, il a dû séparer du contexte un extrait de la sentence prononcée dans l'affaire *Sheik Sultan Sani v. Sheik Ajmodin*, qu'on trouve III, pages 437-438 des annexes à la duplique, sur lequel il a appuyé son raisonnement (annexe indienne F n° 35).

Or le professeur Braga da Cruz a expliqué, dans sa plaidoirie du 23 septembre (IV, p. 352), que la sentence rendue dans l'affaire mentionnée *Sheik Sultan Sani*, lorsqu'elle est lue intégralement, constitue la meilleure et la plus complète confirmation de la thèse portugaise.

En lisant intégralement le texte qui occupe toute la page 437 (III), et le début de III, page 438 des annexes à la duplique indienne, on pourra facilement constater: que la sentence se reporte à un cas concret d'un *saranjam* garanti par traité (le cas du *waikar saranjam*); et qu'elle transcrit la clause de ce traité où il est dit expressément que le *saranjam* en cause est de caractère exclusivement personnel; et qu'elle s'appuie finalement sur ce fait pour déclarer que ce *saranjam*, bien qu'il soit garanti par un traité, est librement révocable.

M. l'agent de l'Inde, dans sa plaidoirie du 14 octobre (IV, p. 729) a lu uniquement la partie de la sentence qui exprime ce dernier point de vue, induisant d'une manière erronée à croire que le tribunal s'est prononcé en termes généraux sur la libre révocabilité des *saranjams* garantis par traité. Or, ce qui s'est passé est tout à fait différent: le tribunal a déclaré révocable un certain *saranjam* garanti par traité, parce que, dans le traité même, son caractère personnel et précaire a été spécifié.

Par conséquent, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous nous trouvons devant un texte qui, loin de favoriser la thèse indienne, est la plus claire et la plus complète confirmation du quatrième et dernier point de la thèse portugaise, à savoir: que les *saranjams* garantis par traité (*treaty saranjams*) constituent un cas à part; qu'ils n'obéissent pas aux règles des autres *saranjams*, étant réglés uniquement par le texte du traité lui-même, ou par d'autres manifestations d'accord de volontés des deux parties intéressées.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir analysé, sur le plan purement doctrinal, la question de la nature juridique des conces-

sions-*saranjams* et en avoir tiré les conclusions, M. le professeur Braga da Cruz s'est servi de celles-ci — qui restent, comme on vient de le voir, tout à fait intactes — pour aborder, sur le plan concret, la question de la nature juridique de la concession territoriale faite par les Mahrattes aux Portugais. Ainsi qu'il l'a dit dans sa plaidoirie du 24 septembre, ce problème

« réclame des réponses à deux questions :

- a) La concession territoriale faite par les Mahrattes aux Portugais par le Traité de 1779 doit-elle être qualifiée juridiquement de *saranjam* ou *jagir*?
- b) Cette concession a-t-elle été une concession de caractère purement fiscal et révocable, comme le prétend le Gouvernement indien, ou une concession définitive et en pleine souveraineté? » (IV, pp. 352-353 du compte rendu.)

A la première question, il a été donné une réponse négative. En réalité, aucune des versions originales du traité ne qualifie de *saranjam* ou *jagir* la concession territoriale faite aux Portugais. La version originale en langue portugaise, du 4 mai 1779, l'appelle « contribution », c'est-à-dire tout simplement : *don*, *prestation* ou *aide* ; et la version originale en langue mahratte du 17 décembre de la même année ne lui donne aucune dénomination particulière : elle se borne à dire que les villages seront « affectés » à l'État portugais.

La Partie adverse persiste, cependant, à donner une valeur excessive au fait que le terme *jagir* apparaît dans une traduction mahratte du texte portugais du traité et au fait que cette traduction se trouve enregistrée dans un texte bilingue, transcrit au *Livro das Pazes*, dans les archives de Goa. Elle persiste, en outre, à accuser le Gouvernement portugais de ne pas avoir présenté en temps opportun ce document à la Cour.

Pourtant, toutes les explications pertinentes ont déjà été données à ce sujet et des excuses ont été présentées à la Cour et à la Partie adverse. Il convient toutefois d'ajouter que, le document ayant été publié en photocopie par le Gouvernement de l'Inde à l'annexe F n° 23 et cette photocopie étant absolument conforme, on n'a pas vu la moindre nécessité d'en déposer l'original au Greffe, ce que, d'ailleurs, aucune disposition du Statut de la Cour ne requerrait. L'accusation que M. l'agent de l'Inde lance à deux reprises au Gouvernement portugais à ce sujet dans sa plaidoirie du 14 octobre est donc hors de propos et ne se comprend pas ni ne se justifie.

L'accusation toute gratuite d'après laquelle les archives portugaises doivent posséder des documents en langue mahratte ayant de l'intérêt pour le procès, qui n'auraient pas été présentés, est à rejeter de la même manière et nous la répudions péremptoirement. Une telle affirmation ne peut manquer de susciter de notre part une ferme et énergique protestation.

Nos éminents contradicteurs attribuent au texte bilingue du *Livro das Pazes* une importance qu'il n'a vraiment pas, puisque ce *Livro das Pazes*, comme l'a expliqué le professeur Braga da Cruz, est un simple livre d'archives, établi pour le service interne de la chancellerie de Goa et la traduction mahratte du traité qui s'y trouve enregistrée n'a aucune valeur comme document officiel et ne peut donc être considérée comme contraignante à l'égard du Gouvernement de Punem.

Mais, de toute façon, ce qu'il importe de mettre en lumière, c'est que le problème est totalement dépourvu d'intérêt dans l'affaire qui nous

occupe, car la réponse à donner à la seconde question formulée il y a quelques instants ne peut varier, quelle que soit la position qu'on adopte : si l'on n'accorde de valeur probatoire (et c'est la thèse portugaise) qu'au texte portugais du 4 mai et au texte mahratte du 17 décembre 1779 — c'est-à-dire les versions originales — il faudra reconnaître que la concession ne fut jamais qualifiée de *saranjam* ou *jagir*. Si, au contraire, on accorde aussi de valeur probatoire à la traduction mahratte de l'original portugais — comme le prétend la thèse indienne — la question subsistera toujours de savoir si le mot *jagir* a été employé en cet endroit dans un sens technico-juridique, ou simplement pour traduire le mot portugais *contribucao* : « contribution », dans le sens de *don*, *prestation* ou *aide*, que ce mot conserve dans notre langue. Et si, en fin de compte, nous acceptons, en plus de la valeur probatoire du document, la thèse que le mot *jagir* y a été employé pour qualifier juridiquement la concession — admettant, par conséquent, de façon intégrale la thèse indienne —, nous serons forcés de reconnaître qu'il est question d'un *jagir* ou *saranjam* garanti par traité, et, comme tel — nous l'avons démontré — situé en marge de toutes les règles applicables aux *saranjams* ordinaires.

Quelle que soit l'hypothèse formulée, il n'y a qu'une seule conclusion et toujours la même, à savoir : la nature juridique de la concession territoriale faite par les Mahrattes aux Portugais ne peut être déterminée par déduction, au moyen de concepts, de règles ou de préceptes préétablis. Cette nature juridique ne peut se déterminer qu'à l'aide du traité lui-même et au moyen des faits historiques qui entourèrent sa conclusion et son exécution.

C'est dans ce sens que le professeur Braga da Cruz a fait un long exposé de caractère historique qui occupa presque toute sa plaidoirie du 24 septembre (IV, pp. 357 à 377 du compte rendu) et une partie du 25 (pp. 377 à 379 du compte rendu), démontrant que « tant des *précédents historiques du traité*, que du *traité lui-même*, que des *faits relatifs à son exécution*, on déduit de la façon la plus claire et la plus évidente que les enclaves de Dadrá et Nagar-Aveli ont été données aux Portugais en pleine souveraineté et non — comme le veut le Gouvernement indien — sous forme d'une simple concession de caractère fiscal, révocable au gré du donateur ».

Ce serait hors de propos, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de répéter en ce moment ce qui a déjà été dit par le doyen Braga da Cruz dans son exposé, sur lequel j'attire respectueusement l'attention de la Cour.

La plaidoirie de M. l'agent de l'Inde, dans la partie qui a trait à cette matière, n'appelle aucun commentaire particulier. Sur plusieurs points importants, il n'a même pas ébauché de réponse aux arguments portugais. Sur d'autres points, il a essayé de répondre, mais il ne l'a pas fait en réalité, puisqu'il s'est borné à répéter des arguments déjà énoncés dans la duplique sans tenir compte de la critique faite de ces arguments dans les plaidoiries portugaises. Il n'y a vraiment rien dans cette partie de l'exposé de M. Setalvad à quoi il n'ait été répondu par avance dans les plaidoiries du professeur Braga da Cruz, comme la Cour pourra facilement le constater. Il est inutile, pour cette raison, de revenir sur la question.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il ne peut donc être mis en doute qu'un véritable traité fut conclu entre Portugais et Mahrattes, en 1779, ni que les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli furent remises à l'État portugais de l'Inde en pleine souveraineté, en exécution des

stipulations de ce traité. Et il ne peut non plus être mis en doute que ce traité, en faisant une concession territoriale aux Portugais, leur ait conféré un droit d'accès aux territoires cédés, sous peine d'en devoir admettre que cette concession territoriale était vide de tout contenu.

Tout ceci suffit pour pouvoir affirmer que le droit de passage, réclamé aujourd'hui par le Gouvernement portugais, a une base *conventionnelle* et que cette base est le Traité de 1779 lui-même.

Cette *base conventionnelle* a été encore consolidée et renforcée, pendant la période mahratte, par deux importants accords luso-indiens, conclus l'un en 1783 et l'autre en 1785, à l'époque de la remise effective de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais, en accomplissement des stipulations du traité. Ces deux accords stipulent des droits et des obligations qui ne pouvaient être exercés ou accomplis en dehors de la présence effective des Portugais sur les enclaves, et ils reconnaissent — directement ou indirectement — un droit de l'État portugais de l'Inde au transit de *personnes*, de *marchandises*, de *troupes* et d'*armes*, entre Damão littoral et les enclaves de Dadrá et Nagar-Aveli.

Tout cela a été dit et démontré minutieusement, tant dans notre réplique (par. 108 et 112) que dans la plaidoirie du professeur Braga da Cruz (IV, p. 373 du compte rendu du 24 septembre et p. 380 du compte rendu du 25), et tout cela n'a pas obtenu d'autre réponse, dans la plaidoirie de M. l'agent de l'Inde, que le faible argument que le droit de passage n'y est pas formulé de façon expresse, et l'argument, encore moins fondé, que ces documents ne méritent pas crédit pour n'être que de simples copies et non des originaux (IV, p. 714 du compte rendu du 14 octobre).

A cet argument — qui, du reste, n'est que la simple répétition de ce qui a été dit dans la duplique — mon collègue Braga da Cruz a déjà fait une réponse suffisante dans sa plaidoirie du 24 septembre (p. 372 du compte rendu).

L'authenticité des deux accords de 1783 et 1785 ne peut être mise en doute, et tous deux constituent une confirmation claire et convaincante de la *base conventionnelle* sur laquelle repose le droit de passage réclamé par le Gouvernement portugais.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en dehors de la base conventionnelle formée par le Traité de 1779 et par les deux accords complémentaires dont je viens de parler, le droit de passage entre Damão et les enclaves trouve encore, tout au long de la période mahratte, un important point d'appui dans la coutume locale.

Comme le professeur Braga da Cruz l'a démontré dans sa plaidoirie du 25 septembre, les faits qui témoignent l'existence d'un transit constant entre Damão littoral, Dadrá et Nagar-Aveli — un transit, soit de marchandises, soit de personnes, soit de troupes et d'armes — sont effectivement nombreux: ce transit s'est toujours effectué dès la remise de Nagar-Aveli et de Dadrá aux Portugais et il a toujours été accompagné de la conviction de sa nécessité (*opinio juris vel necessitatis*), tant de la part des Portugais que de celle des Mahrattes.

Les *sanads* (ou documents de chancellerie) expédiés par les Mahrattes pour exempter du paiement de taxes douanières les marchandises et les personnes en transit entre les enclaves et Damão littoral sont particulièrement significatifs à cet égard. Mon collègue Braga da Cruz a cité à ce sujet les documents publiés dans les annexes 19 et 20 au mémoire et dans les annexes 46, 47, 48 et 49 à la réplique, en soulignant

que deux d'entre eux (les documents de l'annexe 46 à la réplique et de l'annexe 19 au mémoire) sont des ordres directement émanés du *Peshwa*, en 1784 et en 1799, exemptant de droits de douane les marchandises transportées de Nagar-Aveli à Damão. Et il ajoute :

« L'intérêt juridique que ces documents possèdent, pour le procès en cause, ne dérive cependant pas de l'exemption douanière en elle-même qu'on trouve ici concédée, mais bien du fait qu'en réglant un certain aspect du droit de passage — exemption d'impôts douaniers sur les marchandises en transit — ils donnent comme supposée ou implicite l'existence du droit de passage lui-même sous la forme d'une pratique ou d'une coutume locale ne pouvant souffrir ni doute ni discussion, c'est-à-dire, acceptée avec la conviction de sa nécessité (*opinio juris vel necessitatis*). » (IV, p. 381 du compte rendu du 25 septembre.)

Dans le contre-mémoire (par. 109 et 115) et dans la duplique (par. 265), la Partie adverse a essayé d'infirmer la valeur de ces documents, en soutenant la thèse qu'il s'agissait de simples *destaks* ou de permissions *ad hoc*.

Mais cette thèse est si dénuée de fondement — comme l'a démontré M. le professeur Braga da Cruz (pp. 381-382, audience du 25 septembre) — que M. l'*Attorney-General* de l'Inde a été contraint de l'abandonner. La Partie adverse ne peut manquer de reconnaître en effet qu'il y a un abîme entre les *destaks* ou permissions *ad hoc* — dont différents exemples ont été reproduits à l'annexe indienne F n° 48 — et les ordres généraux, sans limitation de temps, sans spécification de personnes ni limitation de quantités, donnés par le souverain maharatte, pour que les fonctionnaires subalternes s'abstinsent de recouvrir des impôts douaniers sur les marchandises en transit entre Damão et les enclaves.

En face de cette difficulté, M. l'agent de l'Inde a essayé de la tourner d'autre manière, mais sans possibilité de succès; il a persisté à confondre droit de passage avec droit d'immunité, comme s'il n'était pas bien clair que l'immunité douanière octroyée par ces documents à titre de concession gracieuse était une chose, et qu'autre chose était le droit de passage qui se trouve derrière cette concession, droit dont cette concession présuppose l'existence et sur lequel on n'ose même pas élever le moindre problème. Et, en dehors de ceci, M. l'agent de l'Inde n'a rien trouvé d'autre, pour contester l'existence d'une coutume locale, relative au transit de marchandises, que d'invoquer le document de l'annexe indienne F n° 43, en disant :

« Ce document prouve très clairement que les Mahrattes auraient pu arrêter à leur gré tout mouvement de marchandises de Nagar-Aveli à Damão. » (IV, p. 712 du compte rendu du 14 octobre.)

Ce document, cependant, a une portée toute différente de celle que lui attribue M. l'agent de l'Inde. Ce qu'on y lit est simplement ce qui suit :

« L'une des réclamations les plus sérieuses des fermiers de la douane de ce *sarhar* est que les négociants de Damão font transiter par Nagar-Aveli et à diverses destinations des biens et aussi de grandes quantités de bois destinés à la vente et qu'ils transportent

en outre des marchandises venant de Nagar-Aveli. Si cela est vrai, vous devez y mettre fin, sinon ce *sarkar* ne permettra plus en aucun cas le transport en franchise de tous droits de marchandises en provenance même de Nagar-Aveli. »

Remarquons bien les mots « ce *sarkar* ne permettra plus en aucun cas le transport *en franchise de tous droits* ».

Ce document peut-il être considéré, ainsi que le veut M. l'agent de l'Inde, comme l'expression d'un droit de suspendre totalement le transit des marchandises? Peut-on même le considérer comme une simple menace de suspension? Le contraire n'est-il pas évident? N'est-il pas évident qu'il ne se réfère qu'à des abus de contrebande et menace uniquement de suspendre l'immunité fiscale, sans toucher au droit de passage? N'est-il pas manifeste qu'il ne se rapporte qu'au passage de marchandises « *en franchise de tous droits* »?

Ce document, comme on le voit, vient simplement confirmer que derrière l'immunité douanière — qui était une concession gracieuse des Mahrattes et qu'ils pouvaient révoquer, au cas où des abus seraient constatés — il y avait un droit de passage, qui, lui, n'était ni ne pouvait être contesté. Le document en cause a, de plus, le mérite de montrer que ce droit de passage se rapporte aussi bien au transit de marchandises des enclaves à destination de Damão que de celui de Damão aux enclaves.

En ce qui concerne le passage de troupes et d'armes, M. l'*Attorney-General* affirme que l'unique preuve présentée par le Gouvernement portugais est celle contenue dans les annexes 9 et 10 au mémoire et que ces documents ont peu de valeur, parce qu'ils ne se rapportent qu'à une menace d'envoi de troupes et non à un passage effectif de celles-ci. Mais rien de tout ceci n'est exact. Ces documents, sous forme d'une menace, se rapportent à un réel et effectif droit d'envoi de forces armées non en territoire mahratte, comme le prétend la Partie adverse, mais bien dans les enclaves elles-mêmes; et, d'ailleurs, il ne manque pas d'autres témoignages expressifs d'une coutume locale relative au transit de troupes et d'armes. Aussi bien dans notre réplique (par. 126) que dans la plaidoirie du professeur Braga da Cruz (IV, pp. 378-379, audience du 25 septembre), les documents des annexes 42 et 43 à la réplique ont été invoqués à cet égard; et le premier de ceux-ci montre que les Portugais non seulement recrutaient sur place des troupes indigènes, mais encore faisaient transiter librement les forces armées à destination des enclaves.

Enfin, aux paragraphes 125 et 127 de la réplique et dans la plaidoirie du professeur Braga da Cruz (p. 379, audience du 25 septembre), on a aussi invoqué des documents prouvant l'existence d'un transit permanent d'autorités administratives, policières et judiciaires, pour l'exercice de l'administration, l'application de la justice, la répression des crimes et délits, etc. Mais aucun de ces documents ou de ces faits n'a mérité l'attention de M. l'agent de l'Inde.

Tout contribue donc — comme on le voit — à prouver que la coutume locale, en tant que fondement autonome du droit de passage actuellement réclamé par le Gouvernement portugais, s'est établie et consolidée pendant la période mahratte, dès la remise effective des enclaves aux Portugais.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai ainsi terminé les considérations que je me suis proposé de faire sur les faits historiques de la période mahratte.

[Audience publique du 27 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vais maintenant parler de la convention comme un des titres de notre droit, non plus au point de vue historique, mais au point de vue juridique.

Mon collègue, M. le professeur Silva Cunha, dans sa plaidoirie (compte rendu, IV, pp. 383 et suivantes) a établi les principes de jurisprudence et de doctrine à la lumière desquels doit être interprété le Traité de 1779, principes qui confirment absolument ce que l'analyse des faits historiques avait déjà démontré.

Ces principes n'ont pas été spécifiquement contestés par nos distingués contradicteurs, de sorte que je me limiterai à quelques brèves observations.

L'analyse des faits historiques a amené aux conclusions suivantes:

a) le Traité de 1779 a opéré le transfert de la souveraineté sur les villages formant les enclaves de Dadrá et Nagar-Aveli;

b) ce transfert a été accompagné de la constitution en faveur du Portugal, d'un droit de passage des personnes et des biens entre Damão littoral d'une part et les enclaves de l'autre, et entre celles-ci.

Pour ce qui regarde le transfert de la souveraineté, comme on l'a vu, les textes originaux du traité en langue portugaise et en langue mahratté, identiques en substance, ne font aucune référence au *jagir* ni au *saranjam*, et ils expriment en des termes clairs l'intention des parties, qui fut, pour les Mahrattes, de transférer les villages en toute souveraineté et, pour les Portugais, de recevoir ceux-ci au même titre.

Cette conclusion est renforcée par l'examen du comportement ultérieur des parties, dans l'exécution du traité: ce comportement, qui suivant un principe unanimement admis par la jurisprudence et par la doctrine, est essentiel pour l'interprétation d'un traité. A ce sujet rappelons notamment les opinions autorisées, citées par le professeur Silva Cunha, de sir Hersch Lauterpacht et du professeur Guggenheim.

L'analyse historique prouve, en effet, et sans équivoque possible, que le Portugal s'est toujours comporté en souverain des enclaves et qu'il a été considéré comme tel successivement par les Mahrattes, par les Britanniques et par les Indiens eux-mêmes.

Quant au droit de passage, comme on l'a aussi montré, le fait que la lettre du Traité de 1779 n'en fasse pas expressément mention n'est pas un argument pour conclure que le traité n'attribuait pas ce droit au Portugal.

La vérité est que le transfert des villages à la souveraineté portugaise étant opéré par le traité, celui-ci reconnaissait *ipso facto* au Portugal la possibilité d'emploi de tous les moyens nécessaires à l'exercice de cette souveraineté, et que donc il lui reconnaissait le droit de passage.

Interpréter autrement le Traité de Punem contredirait certains principes fondamentaux de la jurisprudence et de la doctrine, dont il a déjà été fait état dans les écritures et dans les plaidoiries, tels que les suivants:

a) L'interprétation doit viser à déterminer l'intention commune des parties selon le principe de la bonne foi;

b) L'interprétation d'un traité ne peut se faire de telle sorte que son effet utile soit annulé;

c) Toute interprétation qui conduirait à l'absurde ou attribuerait des effets non raisonnables au traité doit être rejetée;

d) On ne peut manquer de considérer comme compris dans l'intention des parties les effets qui se déduisent nécessairement du traité, même si son texte n'en fait pas mention;

e) L'interprétation des traités doit se faire conformément à la fin ou à la fonction que les parties entendent lui attribuer.

Nous ne voulons pas abuser de la bienveillance de la Cour, aussi ne répéterons-nous pas les citations des textes de jurisprudence et de doctrine sur lesquels se fondent ces principes.

Nous nous bornerons à remarquer que ce serait une façon fort singulière d'interpréter le Traité de 1779 que d'admettre que le transfert de la souveraineté du Portugal sur les villages en est résulté — et cela, on ne peut manquer de le faire — et, en même temps, de refuser au Portugal un moyen essentiel d'exercer cette souveraineté.

Ce serait contraire à la bonne foi et dépouillerait le traité de toute utilité. Ce serait donc absurde et contraire au but visé par les parties.

Qu'il me soit permis à ce sujet de souligner le fait qu'admettre la souveraineté sur les enclaves et, en même temps, récuser le droit de passage aboutirait nécessairement à la conclusion ou bien que le Portugal ne pourrait pas exercer cette souveraineté, ou bien qu'il devrait organiser sur les enclaves, pour l'exercer, une administration complète, de la base au sommet, à côté de l'administration générale de l'État portugais et sans aucune liaison avec elle. Malgré que cette conclusion soit évidemment absurde, c'est bien celle qui résulte logiquement de l'attitude de nos adversaires. Ils la reconnaissent et ce qui est le plus extraordinaire, ils l'acceptent. Notamment notre estimé contradicteur le professeur Rolin n'a-t-il pas dit qu'il n'était pas nécessaire d'envoyer des policiers portugais dans les enclaves, puisqu'on pouvait en recruter sur place? N'a-t-il pas dit encore qu'on pourrait y organiser les prisons nécessaires pour l'accomplissement des peines? N'a-t-il pas affirmé que les tribunaux requis pour l'administration de la justice pourraient y être établis? Tout ceci est contenu dans la plaidoirie de notre estimé contradicteur (audience du 9 octobre, compte rendu, IV, p. 644).

Mais M. le professeur Rolin admettra-t-il qu'il doit y avoir dans les enclaves une force de police, une organisation pénitenciaire, une organisation judiciaire complète à l'image des organisations générales de l'État portugais?

Et pourquoi pas aussi une organisation de l'enseignement depuis la maternelle jusqu'à l'université? Et pourquoi pas une organisation administrative allant du maire jusqu'au ministre?

Il est évident qu'il faut être à bout d'arguments pour avancer de telles affirmations.

La seule interprétation valable du Traité de Punem est celle que nous défendons.

Les villages remis au Portugal, en exécution de ce traité, étant séparés de Damão littoral par le territoire de l'État mahratte, le droit de passage devient un moyen essentiel à l'exercice de la souveraineté du Portugal sur eux.

On ne peut dès lors s'empêcher de conclure qu'à l'instant même où le contenu du traité s'explicita et se concrétisa par la remise des villages, le Portugal fut automatiquement investi du droit de passage.

Et comme je l'ai déjà observé à propos des faits de la période mahratte, la conclusion aurait été semblable même si le Portugal avait acquis par prescription la souveraineté sur les enclaves. A la base de cette prescrip-

tion se trouverait le Traité de 1779 et ce traité, en légitimant l'occupation des enclaves, aurait légitimé implicitement le droit de passage nécessaire à cette occupation.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les considérations sur la prétendue règle de la primauté due à l'interprétation restrictive comme conséquence du principe du respect de la souveraineté des États, opposées par le Gouvernement indien à ces conclusions, n'ont pas davantage de valeur.

Il convient, comme le remarque par exemple Ehrlich dans un passage qui a été cité au cours de la plaidoirie du professeur Silva Cunha, de distinguer avec soin la souveraineté de l'exercice de la souveraineté.

Or, des restrictions ou limitations à l'exercice de la souveraineté dérivent toujours des traités, puisque des droits et des obligations sont créés par ceux-ci et que ces obligations se traduisent en devoirs de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire en limitations de la libre détermination des États.

Soutenir qu'il faut, en principe, interpréter les traités restrictivement reviendrait à affaiblir leur force contraignante.

Or, nul ne saurait contester que la règle fondamentale du droit international ne demeure celle de *pacta sunt servanda*.

Le nier serait nier la force même des règles juridiques internationales.

Il est évident que ce principe impose qu'on applique les traités avec le sens défini par la volonté intégrale des parties.

Ce qu'il convient donc d'éclaircir, c'est en quoi consiste cette volonté, c'est l'intention commune des États qui ont conclu le traité. Et pour atteindre ce but tous les procédés d'interprétation consacrés par la jurisprudence et par la doctrine doivent être mis en jeu.

Ce n'est qu'après l'échec des recherches faites par ces procédés et des doutes subsistant relativement à l'intention des parties contractantes que l'on doit, par respect du principe de souveraineté, employer l'interprétation restrictive.

M. le professeur Silva Cunha, dans sa plaidoirie, a complètement démontré, sur la base de la jurisprudence et de la doctrine, la vérité de ce point de vue.

Ainsi que l'a écrit sir Hersch Lauterpacht :

« La doctrine de l'interprétation restrictive est, en effet, un des sujets sur lesquels la Cour a développé ce qu'on peut appeler une jurisprudence permanente. » (*The Development of International Law by the International Court*, p. 302.)

Et cette jurisprudence, d'une manière générale, ne considère pas l'interprétation restrictive comme obligatoire.

Par contre, M. le juge Lauterpacht dit encore :

« Comme nous l'avons vu, la pratique prépondérante de la Cour elle-même a été basée sur des principes d'interprétation qui rendent le traité efficace plutôt qu'inefficace. » (Même ouvrage, p. 305.)

Aussi, le même auteur écrit encore :

« ... il y a lieu de penser que la pratique d'en appeler à l'interprétation restrictive des limitations de la souveraineté de l'État disparaîtra du plaidoyer des parties, et que dans les cas douteux on pourra se passer de la concession apaisante de l'interprétation restrictive » (même ouvrage, p. 305).

Je répète, il y a lieu de penser que la pratique d'en appeler à l'interprétation restrictive des limitations de la souveraineté de l'État disparaîtra du plaidoyer des parties, a écrit M. le juge Lauterpacht. Malheureusement le plaidoyer de nos distingués contradicteurs montre bien comment le vœu de ce juge éminent est loin de s'être transformé en réalité.

Au sujet de la prétendue interprétation restrictive des traités, qu'il me soit permis de faire encore une observation.

Ainsi que l'affirma le juge Lauterpacht (ouvrage cité, p. 306) :

« L'interprétation restrictive des obligations d'une des parties implique une interprétation restrictive des droits de l'autre. Un égard injustifié pour la souveraineté d'un État implique un manque d'égard injustifié pour la souveraineté de l'autre. »

L'attitude du Gouvernement indien, insistant pour l'application de la règle de l'interprétation restrictive en faveur de sa souveraineté, est, par conséquent, en contradiction avec le principe de l'égalité des États et relève d'une conception dépassée de la souveraineté: celle de la souveraineté absolue, sans limites, même celles qui dérivent du respect dû à l'existence et aux droits des autres États.

Il s'agit là d'une conception qui est inadmissible dans la phase actuelle de la vie internationale.

La communauté internationale est une communauté assujettie à un ordre juridique qui impose la coordination et le respect mutuel des souverainetés et des droits qui en dérivent.

Aux institutions internationales et, notamment, à cette haute Cour, il incombe de défendre et de garantir l'application effective de cet ordre juridique.

La revendication de l'Union indienne suivant laquelle l'exercice de sa souveraineté ne peut être limité par l'obligation de concéder le passage vers les enclaves est, en conséquence, insoutenable et relève d'une conception dépassée du droit international.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous concluons ces références au Traité de 1779 par quelques commentaires relatifs à sa vigueur durant les périodes britannique et post-britannique.

Ainsi que l'a démontré M. le professeur Silva Cunha, il n'y a pas intérêt à considérer, à ce point de vue, le transfert de la souveraineté. Celui-ci s'est réalisé par la remise des villages et le traité a épuisé ses effets à ce moment-là.

Le maintien de la vigueur ne présente d'intérêt qu'en ce qui concerne le droit de passage.

Par rapport à ce droit de passage, comme mon collègue aussi l'a démontré, on ne peut élever de doutes.

Bien qu'on ait contesté l'existence d'une règle générale de succession des États dans les obligations conventionnelles, du consentement général on admet que les obligations localisées, relatives à un territoire déterminé, dans le cas de la disparition des États auxquels appartient le territoire par suite de l'annexion de ce dernier à un autre État, sont maintenues à la charge de l'État qui l'annexe.

C'est ce que dit fort clairement mon éminent contradicteur le professeur Guggenheim, qui dans son *Traité* (vol. I, p. 98) affirme :

« les règles sur la succession des États prescrivent qu'un engagement pris par un État à l'égard de son territoire passe à l'État qui lui succède ».

Et cette règle, continue le professeur Guggenheim à la page 99 :

« se présente dans le cas des traités fixant le tracé d'une frontière, dans celui des traités relatifs aux voies fluviales ou à d'autres voies de communication, et en général dans le cas des traités ayant un caractère local accentué ».

Il résulte de ce principe que la Grande-Bretagne, quand elle annexa le territoire de l'État mahratte, provoquant ainsi sa disparition, lui succéda dans l'obligation d'accorder le passage entre Damão littoral et les enclaves.

Nous savons que cette obligation n'a jamais été contestée et que, bien au contraire, l'histoire des relations de voisinage entre le Portugal et la Grande-Bretagne en Hindoustan postérieurement à l'annexion, démontre que le passage a toujours été accordé, le régime d'exercice de ce droit variant seul.

Lorsque l'Union indienne s'est constituée en État, l'obligation à ce moment non plus ne s'est pas éteinte.

En faveur de sa persistance on peut invoquer l'argument de la continuité de la personnalité juridique internationale de l'Inde, qui s'est seulement transformée constitutionnellement par la formation de deux États nouveaux — l'Union indienne et le Pakistan.

Les obligations localisées ont été maintenues respectivement à la charge des deux États suivant le territoire qui les compose.

C'est la doctrine qui résulte de *The Indian Independence (International Arrangement) Order*, du 14 août 1947, et de *l'Agreement of the Devolution of International Rights and Obligations upon the Dominions of India and Pakistan*, qui lui est annexé, tous deux cités par mon collègue, le professeur Silva Cunha.

L'application de ces principes au cas concret actuel n'est pas affectée par le fait rapporté par mon ami, sir Frank Soskice (compte rendu, IV, pp. 768-769), qu'une étude d'un comité d'experts du ministère des Affaires étrangères de l'Inde contient une liste des traités intéressant l'Inde qui, d'après mon estimé contradicteur, ne mentionnerait pas le Traité de 1779.

Il est évident qu'une étude faite unilatéralement par des fonctionnaires du Gouvernement de l'Inde ne peut avoir aucune valeur probatoire contre la vigueur de ce traité, qui a été pleinement démontrée, et contre la validité des principes qui ont été exposés.

D'ailleurs le problème de la succession se pose seulement quant aux titres conventionnels de notre droit. Car il est évident que les autres titres (principes généraux et coutumes) échappent complètement à ce problème.

En conclusion, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on peut affirmer que :

a) par le Traité de Punem de 1779 le transfert de souveraineté sur les villages s'est effectué de l'État mahratte en faveur du Portugal;

b) on doit considérer comme implicite dans le traité l'attribution au Portugal de toutes les facultés nécessaires à l'exercice de la souveraineté;

c) les villages à remettre en pleine souveraineté au Portugal ne vinrent à être déterminés que postérieurement et ils étaient séparés de Damão littoral par le territoire mahratte; par conséquent, parmi les facultés nécessaires à l'exercice de la souveraineté, on doit inclure le droit de passage;

d) ce droit fut reconnu par les Mahrattes, ainsi que le prouve l'analyse de la façon dont ils exécutèrent le traité;

e) lorsque l'État mahratte disparut par suite de l'annexion de son territoire par la Grande-Bretagne, cette dernière continua à être liée par le traité quant à l'obligation d'accorder le passage;

f) l'histoire de la période britannique démontre que cette obligation, bien que sous des régimes différents suivant les époques, fut toujours respectée par les Britanniques;

g) lorsque l'Union indienne s'est constituée, cet État conserva l'obligation d'accorder le passage et il a aussi respecté cette obligation jusqu'au moment où se produisirent les incidents à Dadrá et Nagar-Aveli.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vais maintenant m'occuper de la période britannique.

Sur ce sujet, comme sur ceux qui ont été examinés précédemment, ce que nous avons dit dans notre première intervention n'a pas été entamé par les considérations de nos éminents contradicteurs.

Mon distingué collègue et ami, sir Frank Soskice, a parlé longuement des faits remontant à la période britannique; mais, en confrontant ses allégations avec les pièces écrites indiennes, on pourra s'assurer facilement qu'il n'a rien fait de plus que de reprendre les argumentations qui s'y trouvent. En réalité, nous ne sommes pas en présence d'un raisonnement quel qu'il soit, d'une question quelconque, d'un point de vue quelconque, auxquels nous n'ayons répondu d'avance; et cela facilite considérablement ma mission.

Dans cet ordre d'idées, je me bornerai à faire quelques observations sur certains points capitaux de l'exposé de sir Frank Soskice, et surtout à mettre en évidence la leçon qu'on peut tirer de la discussion.

La réponse de sir Frank Soskice à ma plaidoirie souffre, je crois, d'un vice de base qui la ruine radicalement.

Dans un litige juridique, comme l'est celui qui nous occupe, les faits historiques ne peuvent pas être considérés du seul point de vue de leur réalité matérielle. Il ne s'agit pas seulement d'exposer, il s'agit par-dessus tout de qualifier et d'interpréter.

Et cette qualification et cette interprétation doivent évidemment être faites à la lumière de certains principes ou critères juridiques. C'est seulement en passant les faits au crible de principes ou de critères définis qu'il est possible de saisir leur véritable signification et de les apprécier à leur juste valeur.

Aussi, lorsque j'ai traité, dans nos premières plaidoiries, de la période britannique, ai-je pris, avant tout, le soin de formuler et de justifier les principes juridiques auxquels devrait répondre l'appréciation des faits à exposer. C'est seulement ensuite que je suis entré dans cet exposé au cours duquel j'ai conservé toujours présentes à l'esprit les prémisses primitivement établies et démontrées.

Bien. Que pouvait-on espérer de notre éminent contradicteur?

On pouvait espérer que, dans le cas où il ne serait pas d'accord avec ces prémisses, il les attaquerait de front et tenterait de démontrer qu'elles manquent de base; et cette démonstration une fois faite, qu'il les remplacerait par des prémisses différentes.

Est-ce ainsi qu'a procédé notre distingué antagoniste?

En aucune manière.

Sans dire un mot de l'ensemble de principes et notions fondamentales que j'avais définis comme critères devant orienter toute l'exposition; sans s'arrêter une minute à en faire l'examen et la critique; sans prendre la peine de leur substituer d'autres notions et d'autres principes, sir Frank Soskice a procédé, sans préambule, à l'examen casuistique des faits.

Mais en agissant ainsi, mon estimé ami et collègue ne s'est pas rendu compte qu'il avait d'avance condamné à la ruine tout l'édifice qu'il allait construire. Tel est nécessairement le destin d'un édifice bâti sans fondations.

Dans cet ordre d'idées, et en raison de son importance décisive, pour éclaircir toute l'affaire, qu'il me soit permis de rappeler maintenant, à grands traits, les principes fondamentaux — auxquels sir Frank Soskice n'a rien opposé — sur lesquels j'ai établi toute notre interprétation des faits de la période britannique.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le premier principe à rappeler est celui de la distinction à faire entre entrée et passage.

Cette distinction, malgré son caractère élémentaire, est à chaque instant oubliée ou négligée par nos adversaires.

Une chose est l'entrée, en général, en territoire voisin pour y séjourner ou pour y circuler en tous sens; autre chose est le cas particulier du passage par le territoire voisin, dans une direction bien définie, c'est-à-dire en suivant le parcours Damão — enclaves et vice-versa.

Les deux situations sont parfaitement distinctes. Et à cette distinction correspond une diversité fondamentale dans leur traitement juridique.

Nous ne sommes pas seulement en face de situations différentes *de facto*, mais en face de situations différentes aussi *de jure*.

Au cas particulier — passage — correspond un droit. Au cas général — entrée — n'en correspond aucun.

Le Portugal ne revendique que le droit de transit sur le parcours Damão-enclaves, et vice-versa. Il ne revendique l'accès au territoire indien qu'à cette seule fin.

Il est évident qu'à signaler cette diversité de situations juridiques, nous ne commettons aucune pétition de principe. Nous ne nous bornons pas, en effet, à affirmer; nous démontrons.

Le Gouvernement de l'Inde écrit, au paragraphe 284 de sa duplique, que:

« le Gouvernement portugais n'a pas le droit d'affirmer que le transit sur le territoire situé entre Damão et les enclaves constitue un cas spécial non seulement du point de vue géographique, mais aussi du point de vue légal; il faut encore qu'il le prouve ».

Et dans le même paragraphe, le Gouvernement de l'Inde reconnaît que le statut général sera inapplicable au transit Damão-enclaves et vice-versa, si cela résulte d'un quelconque principe général de droit ou d'une quelconque coutume, ou d'une quelconque convention.

C'est-à-dire que nos éminents adversaires acceptent que ce transit puisse constituer un cas particulier, distinct du cas général de l'entrée; qu'il puisse exister dans le premier cas un droit qui manque dans l'autre; et que ce droit puisse découler d'une quelconque des sources du droit international.

Ils disent seulement que c'est à nous qu'il revient de prouver l'existence de ce droit, du droit de passage.

Sur ces différents points nous sommes absolument d'accord.

C'est évidemment à nous, en qualité de demandeurs, qu'il revient de démontrer le droit que nous invoquons.

Mais pouvons-nous, par hasard, être accusés de fuir cette démonstration?

N'est-ce pas à celle-ci que tend tout le procès?

Si nous attirons particulièrement l'attention sur ce point, c'est parce qu'une grave contradiction de nos contradicteurs éclate ici.

Le Gouvernement de l'Inde, on le sait, a écrit, au paragraphe 281 du contre-mémoire, que le Portugal devrait prouver le consentement explicite du souverain du territoire compris entre Damão et les enclaves, au droit de transit revendiqué par le Portugal.

C'est-à-dire, selon cette thèse, que le droit du Portugal ne pourrait se fonder que sur un accord exprès.

Faudra-t-il signaler combien cette thèse, que les avocats du Portugal ont déjà dûment réfutée, que cette thèse s'oppose à celle exprimée au paragraphe 284 de la duplique, citée il y a quelques instants, d'après laquelle notre droit de passage pourra découler d'une quelconque des sources de droit international, sans distinction entre les titres généraux et les titres particuliers?

Bien plus, la Cour se rappellera que la Partie adverse prétend réduire à un accord tacite la coutume locale invoquée par le Portugal dans ses relations avec les souverains successifs du territoire hindoustannique voisin. Comme on le lit au paragraphe 585 de la duplique :

« Ce n'est qu'en vertu d'un accord tacite, d'une convention tacite ... que la coutume locale dont il est question ici peut être considérée comme une source possible d'obligations juridiques pour l'Inde. »

C'est-à-dire qu'aussi en cet endroit, bien qu'à propos d'une doctrine erronée — la supposée inexistence de coutumes bilatérales —, l'Inde reconnaît que l'obligation, que le Portugal lui impute, peut provenir notamment d'une convention tacite, et n'a pas nécessairement pour base une convention expresse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une fois signalées les profondes contradictions de nos distingués adversaires, dont je viens de parler, le moment de le faire étant venu à propos du premier principe précédemment formulé (distinctions entre entrée et passage), rappelons un second principe qui joue lui aussi un rôle fondamental dans l'interprétation des faits. Je me réfère à la distinction entre le droit et la réglementation.

Le droit est une réalité.

Une autre réalité différente est la réglementation, c'est-à-dire la détermination et l'application, par l'autorité compétente, des modalités, des conditions, des avantages ou des limitations du droit.

Le droit, dans son essence, reste toujours égal à lui-même — en tant que droit de transit entre Damão 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.

La distinction est d'autant plus fondée et d'autant plus importante qu'il est avéré que le titulaire du droit et le titulaire du pouvoir de régle-

mentation ne se confondent pas. Le droit appartient au Portugal, mais la faculté de le réglementer appartient au souverain du territoire traversé, c'est-à-dire, en l'espèce, l'Inde.

Dans les différentes et copieuses pièces écrites déposées par le Gouvernement de l'Inde, dans les plaidoiries de ses conseils — que ce soit dans la discussion des exceptions préliminaires, ou dans le débat actuel —, jamais, si je ne me trompe, je n'ai vu ni entendu réfuter la distinction qui vient d'être exposée. M. le professeur Guggenheim, dans son intervention du 13 octobre 1959, se référant à la distinction entre le droit et sa réglementation, s'est borné à la qualifier d'artificielle (compte rendu, IV, p. 784). Mais sans manquer au respect dû à notre éminent collègue, il ne faut pas attribuer une valeur spéciale à cette affirmation faite incidemment et qui s'avère dépourvue de tout essai de justification. Il s'en remet pour cela à la démonstration qui aurait été faite par M. le professeur Rolin, mais la vérité est que je n'ai pas trouvé cette démonstration dans les plaidoiries de ce dernier.

On se demande alors: la faculté appartenant à l'État local de réglementer le transit sur son territoire ne sera-t-elle pas incompatible avec le droit à ce même transit? L'État local, en réglementant le passage, ne pourra-t-il aller jusqu'au point de l'empêcher, refusant ainsi au Portugal toute garantie de communication avec les enclaves?

La réponse est négative.

Le pouvoir de réglementation, en effet, a une limite que l'État local ne peut dépasser, sous peine d'engager sa responsabilité. Cette limite est constituée par les *modalités de passage nécessaires à l'exercice de la souveraineté*. L'État local ne peut empêcher les formes de transit qui, en tout cas, suivant les circonstances, s'avèrent indispensables pour réaliser le but du droit.

En outre, qu'il me soit permis de le rappeler, l'État local doit toujours procéder avec bonne foi.

On peut se poser la question de savoir, en ce qui concerne certaines manifestations du règlement du transit, si elles sont ou non compatibles avec le droit. Cette question se pose, notamment, en ce qui concerne les deux manifestations suivantes: interdiction de certaines modalités de transit; nécessité d'autorisation pour d'autres modalités.

Je me réfère en particulier à ces deux aspects de la question parce que c'est d'eux — si je puis m'exprimer ainsi — que sir Frank Soskice a fait ses principaux chevaux de bataille dans l'assaut qu'il mène contre les thèses portugaises.

Les Britanniques ont interdit certaines modalités de transit et en ont soumis d'autres à autorisation.

Il y eut des époques où le sel et l'alcool régional — en plus des ingrédients destinés à la fabrication de celui-ci — ne purent, en fait, transiter entre Damão et les enclaves. Et il y eut des phases ou des circonstances où il était nécessaire d'obtenir une autorisation ou licence préalable des autorités britanniques pour que les forces armées et la police, ainsi que l'armement, pussent traverser le territoire britannique sur le parcours Damão-enclaves.

Sir Frank Soskice prétend: voilà la preuve que le Portugal n'avait aucun droit. S'il en avait eu un, il aurait pu faire passer toutes les marchandises imaginables et n'aurait pas eu à dépendre d'une licence ou autorisation.

Comment conçoit-on — demande mon estimé ami et collègue — un droit de passage qui n'assure pas le transit de certains biens déterminés? Comment conçoit-on un droit de passage qui ne peut s'exercer qu'après permission des autorités du territoire par lequel se fait le transit?

L'argument n'est pas nouveau.

Il fut largement exposé dans la procédure écrite. Nous l'y avons déjà réfuté et nous l'avons réfuté de nouveau lorsque nous avons traité de la période britannique dans nos plaidoiries.

Sans s'en soucier, sir Frank Soskice le reprend en s'efforçant de lui donner un plus grand relief. Cela nous oblige, une fois de plus, à démontrer qu'il n'est pas fondé.

L'interdiction de certaines modalités de transit n'est, en aucune façon, incompatible avec le droit de passage à la condition qu'il ne s'agisse pas de modalités nécessaires à l'exercice de la souveraineté sur les enclaves. C'est ce qui résulte de la définition et du but de notre droit. Et de toute évidence ni le sel ni l'alcool ne peuvent être classés parmi les modalités indispensables à l'exercice de la souveraineté sur les enclaves.

Nous avons ainsi répondu à la première partie de l'argumentation.

Quant à la seconde, elle n'a pas plus de valeur. Contrairement à ce que l'on pourrait supposer à première vue, il n'y a aucune incompatibilité entre le droit de transit et la nécessité de licence pour les formes concrètes ou pour quelques-unes des formes concrètes de son exercice. *Droit et licence* sont des termes parfaitement conciliables. Je l'ai démontré en détail dans ma plaidoirie du 28 septembre (compte rendu, IV, pp. 424-426), sur laquelle je me permets respectueusement d'attirer la bienveillante attention de la Cour.

Si le transit, dans son ensemble, avait dépendu d'une autorisation, si les autorités du territoire intercalaire avaient possédé la faculté de permettre ou d'interdire librement, discrétionnairement, les communications, même dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté sur les enclaves, s'il avait été en leur pouvoir de refuser systématiquement, définitivement les licences; alors, réellement, il n'y aurait pas eu de droit de transit.

Mais les licences ou autorisations applicables à certaines époques et dans certaines limites au transit Damão-enclaves n'eurent jamais cette signification. Il ne s'agissait que d'instruments de la réglementation du passage qui, en tant que telle, devait se maintenir — et se maintint toujours — dans les limites consenties par le droit du Portugal.

Les autorités portugaises, par exemple, voulaient envoyer un certain nombre de soldats, un certain jour, à Nagar-Aveli. Ils demandaient l'autorisation aux autorités britanniques. Les autorités britanniques pouvaient, légitimement, refuser l'autorisation pour le jour demandé, si elles avaient un motif justifié pour le faire et si de ce fait la souveraineté portugaise sur les enclaves n'était pas lésée. Mais, hors de ces circonstances, le refus eût été illicite. Si notamment — hypothèse extrême — les autorités avaient opposé un refus systématique, elles auraient outrepassé leur pouvoir de réglementation et offensé notre droit.

Faudra-t-il rappeler que les autorités britanniques n'ont jamais dépassé les limites dans lesquelles elles pouvaient agir? Sera-t-il nécessaire de rappeler — en plus de ceci — que le dossier n'enregistre pas un seul cas de refus de licence pendant la période britannique, comme d'ailleurs aussi dans les autres périodes?

En un mot, la licence pour le passage de forces armées ou de police ou d'armes n'est pas incompatible avec le droit de transit. Elle ne l'est pas plus que le visa (qui en réalité constitue lui-aussi une licence) ne l'est pour le passage du fonctionnaire ou du civil et pour le même motif.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous avons déjà successivement rappelé les deux principes fondamentaux qui se traduisent par la distinction à faire entre entrée et passage, d'une part, et entre droit et réglementation, d'autre part.

Le moment est maintenant venu de rappeler un troisième principe qui présuppose les deux premiers. Je me réfère à la possibilité qu'ont la réglementation du passage et la réglementation de l'entrée d'être, sous certains aspects, uniformes.

Les deux réglementations peuvent coïncider.

L'État local peut assujettir l'entrée et le passage aux mêmes visas, aux mêmes licences, aux mêmes droits douaniers — en un mot, aux mêmes formalités, conditions ou charges. Il peut aussi affecter à l'un ou à l'autre les mêmes avantages, les mêmes régales ou exemptions. Il y aura alors, au moins partiellement, une identité extérieure de réglementation. Mais sous cette identité, contingente ou fortuite, la diversité intrinsèque des situations juridiques subsistera. D'un côté, droit de passage. De l'autre côté, absence de droit d'entrée.

Cette diversité conserve toute sa valeur.

Quant à l'entrée, les mouvements de l'État local sont absolument libres et discrétionnaires: il peut en pousser la réglementation jusqu'au point où il veut; il peut la pousser jusqu'au bout, jusqu'à l'interdiction totale.

Mais quant au passage, la liberté d'action de l'État local subit une limitation importante, puisque nous savons que la réglementation, ni dans sa formulation abstraite, ni dans son application concrète, ne peut être mise en conflit avec le but du droit, c'est-à-dire ne peut faire obstacle à l'exercice de la souveraineté sur les enclaves.

Prenons un exemple. Supposons qu'à un moment déterminé une licence ou autorisation soit nécessaire tant pour l'entrée que pour le passage des forces armées. Les limites entre lesquelles l'État local pourra utiliser l'instrument des autorisations ou licences sont différentes dans les deux cas. Dans le cas de l'entrée, l'État local ne connaît pas d'entraves: il peut, s'il le juge conforme à ses intérêts, refuser systématiquement les licences. Dans le cas du passage, il n'en va point de même: l'État local ne pourra aller jusqu'au point d'atteindre le transit dans ses manifestations vitales.

La raison de la différence consiste précisément en ce que, dans cette dernière hypothèse, l'État local a en face de lui, en limitant ses mouvements, un droit qui dans l'autre hypothèse n'existe pas.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à entendre argumenter nos éminents antagonistes, à entendre les critiques qu'ils adressent à notre droit comme à un droit assujéti à la réglementation de l'État local et dont l'exercice peut donc dépendre, à l'intérieur de certaines limites, de conditions établies par celui-ci, et même de licences; à entendre ces critiques, on a l'impression que le droit revendiqué par le Portugal constitue un type entièrement neuf, dont les juristes n'auraient jamais entendu parler.

Or la réalité est totalement différente.

Le droit de transit entre les enclaves et le territoire dont elles dépendent ne représente, en aucune manière, l'unique cas de droit de passage

assujetti à la réglementation de l'État local, c'est-à-dire, en d'autres termes, l'unique cas de droit de passage sans immunité.

La Partie adverse, elle-même, le reconnaît.

Dans sa plaidoirie du 27 septembre 1957 (procédure orale, IV, pp. 95 et suivantes), le professeur Guggenheim a mentionné et analysé trois autres cas de droit de passage sans immunité : le droit de passage par les eaux territoriales ; le droit de passage par des détroits naturels mettant en communication deux mers libres ; le droit de passage par la partie maritime de fleuves internationaux.

Dans tous ces cas, comme dans celui des enclaves, le droit de transit subit — jusqu'à un certain point — des limitations et des conditionnements imposés par la souveraineté locale. Mais dans tous ces cas, la compétence de celle-ci n'est ni discrétionnaire ni libre ; c'est une « compétence liée ou réglementée ». M. le professeur Rolin emploie précisément cette dernière expression au sujet de la compétence de l'État par rapport aux eaux territoriales qui le baignent, dans le cas du passage par ces eaux (*Principes de Droit international public, Recueil des Cours*, vol. 77, pp. 394 et 397).

Notre droit, donc, ne constitue aucune espèce de nouveauté, il ne correspond nullement à une conception nouvelle qui puisse justifier la surprise de nos adversaires et les pousser à l'attaquer comme s'il s'agissait d'une hérésie juridique.

Sir Frank Soskice prétend nier l'existence de notre droit de passage en se basant sur des réalités qui, comme les interdictions partielles et les licences, seraient, d'après sa manière de voir, incompatibles avec ce droit (voir compte rendu, IV, p. 745 et pp. 756-757). Mais il oublie que ces réalités et d'autres sont, en tant que manifestation de la compétence locale, unanimement admises et pratiquées en relation avec les autres droits de passage sans immunités.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je me suis un peu attardé au rappel des principes juridiques fondamentaux à la lumière desquels doivent être envisagés les faits historiques, et en particulier ceux de la période britannique, pour la raison de méthode que j'ai donnée en son temps. Ces principes, à mon avis, éclairent parfaitement les faits et sont suffisants pour écarter l'interprétation erronée que nos éminents contradicteurs en présentent.

De ce rappel découle un énorme avantage : celui de ne pas avoir maintenant à m'arrêter longtemps à l'analyse des faits qui remplissent les 130 ans de la période britannique.

Ces faits ont déjà été examinés soit dans les écritures portugaises, soit dans ma première intervention. Et, sauf le respect que je professe envers mon éminent collègue sir Frank Soskice, il serait peut-être un peu lassant, pour reprendre ses propres termes (compte rendu, IV, p. 765) de le suivre à travers tous les faits qu'il mentionne, et il n'y aurait aucun avantage à le faire. D'autant plus que, toujours pour me servir de ses propres termes (compte rendu, IV, p. 738), nous arriverions en fin de compte à la conclusion décevante que ces faits, exposés avec un grand luxe de détails, se rapportent tous à des aspects de la réglementation du droit de transit, à l'existence ou à l'inexistence d'immunités (tels que l'exemption douanière) — qui par ce fait sont étrangers, on le sait bien, au véritable objet du présent litige.

Il va me falloir néanmoins faire quelques observations de caractère plus ou moins général.

Sir Frank Soskice prétend que notre version des faits n'est pas toujours correcte (compte rendu, IV, p. 738).

Je n'accepte pas cette accusation. Il me serait extrêmement facile de montrer qu'elle n'est pas fondée. Ce serait facile, mais long, car je devrais reprendre les faits, pour ainsi dire, un à un, et, documents en main, confronter les versions que les deux Parties en donnent.

Mais je ne vois pas la nécessité de m'engager sur ce chemin. En faisant l'exposé des faits, nous avons toujours eu soin de le faire accompagner de références qui permettent d'en contrôler la fidélité, comme a bien voulu le reconnaître M. le professeur Rolin au début de sa plaidoirie (compte rendu, IV, p. 632). La Cour pourra donc facilement apprécier cette fidélité.

J'ajoute que les prétendues incorrections commises se seraient référées à des aspects de détail.

Si les circonstances me permettaient de reprendre l'examen minutieux des faits et m'y poussaient, on verrait remonter à la surface différentes équivoques dont fut victime, dans la présentation de ceux-ci, mon estimé contradicteur. Uniquement à titre d'exemple, je signale la manière inexacte dont a été décrit l'incident dit de 1818 (compte rendu, IV, p. 754); l'imputation portée à tort que j'aurais donné à entendre (compte rendu, p. 415) que le gouverneur de l'État portugais de l'Inde savait en 1890 que des Portugais en armes avaient traversé le territoire britannique sans autorisation (compte rendu, p. 741); la citation incomplète d'une de mes phrases insérée au compte rendu, page 405, qui modifie profondément sa portée (voir compte rendu, p. 754), etc.

Un autre point qui mérite une remarque est la manière dont sir Frank Soskice décrit l'attitude générale des Britanniques vis-à-vis des Portugais, pendant leurs 130 ans de voisinage dans l'Hindoustan.

Au dire de sir Frank Soskice, les Britanniques auraient agi arbitrairement sans jamais obéir à une loi autre que celle purement et simplement dictée par leurs intérêts et par leurs convenances. Et cette attitude critiquable n'aurait pas été dans des cas isolés, sporadiques, celle de telle ou telle autorité, celle de tel ou tel fonctionnaire, mais aurait au contraire représenté la manière de procéder habituelle et constante. Telle est la thèse que mon estimé ami s'efforce d'accréditer, par différentes formules qui répètent la même idée sous des éclairages divers, et qu'on peut retrouver par exemple aux pages 738, 750, 753, 761 et 763 du compte rendu (IV).

Je m'excuse de ne pas partager l'opinion de mon éminent collègue et d'observer qu'il est injuste envers le Gouvernement britannique.

La vieille alliance qui lie les deux nations — l'une des plus anciennes, sinon la plus ancienne alliance du monde entier, puisqu'elle date du XIV^{me} siècle — n'a pas été interprétée ni exécutée comme le prétend sir Frank Soskice, qui d'ailleurs fait allusion à cette amitié comme à une réalité indiscutable. Au cours des âges, les deux nations ont collaboré et continuent à collaborer étroitement liées entre elles avec la loyauté et la courtoisie que chacune doit à l'autre. S'il y eut parfois des cas où cet esprit ne fut pas complètement respecté, ces cas, par leur caractère individuel et sporadique, ne peuvent servir pour se former un jugement sur le fonctionnement d'une alliance plusieurs fois séculaire.

[Audience publique du 28 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si nous passons en revue les différentes modalités du transit entre Damão et les enclaves pendant la période britannique, nous verrons sans effort se confirmer la conclusion que, durant cette période, aucun obstacle ne vint s'opposer à l'existence et à la réalisation de notre droit, mais qu'au contraire il fut fait de ce dernier un exercice constant.

Nous devons distinguer les principales modalités suivantes de transit:

- a) transit d'autorités et de fonctionnaires;
- b) transit de forces armées et de police;
- c) transit de personnes privées;
- d) transit de biens, y compris l'armement et les marchandises.

La première et la troisième modalité furent toujours pratiquées sans être soumises à quelque formalité ou condition que ce fût. Les autorités et les fonctionnaires portugais, ainsi que les personnes privées, passaient librement entre Damão et les enclaves.

Relativement au passage des forces armées et de police, nous devons considérer quatre accords: le Traité de 1878 et les accords de 1913, 1920 et 1940. A tous les quatre, j'ai déjà fait allusion dans mon intervention antérieure.

Les trois premiers sont des accords généraux; le dernier est un accord particulier ayant trait spécialement au transit Damão-enclaves.

Les accords généraux soulèvent des problèmes d'interprétation, car on peut se demander s'ils s'appliquaient ou non à ce transit.

La Cour a pu, notamment, suivre la discussion qui eut lieu au sujet du Traité de 1878.

Je ne vais pas renouveler cette discussion. Pour ce que je me propose, il me suffira de formuler les observations suivantes.

Les dispositions de l'article XVIII du traité, concernant les forces armées et la police, prêtaient à équivoque, ainsi que je l'ai soutenu dans ma première plaidoirie et j'estime l'avoir démontré. La discussion même qui s'éleva au sujet de cet article est la preuve de son caractère ambigu.

Mais, afin de faciliter le raisonnement et de mieux clarifier le débat, acceptons, à titre d'hypothèse, l'interprétation de sir Frank Soskice. Supposons que cette interprétation soit exacte et que, par conséquent, en vertu de l'article XVIII du traité (abstraction faite, maintenant, d'autres aspects), il était nécessaire, notamment, d'avoir une autorisation des autorités britanniques pour que les troupes et la police portugaises pussent pénétrer en territoire britannique soit dans le cas général d'une simple entrée soit dans le cas particulier du passage par le trajet Damão-enclaves.

Il y a lieu d'observer que dans ma première intervention (C. R., IV, p. 414) je prévoyais déjà cette interprétation (que je considère maintenant à titre d'hypothèse, je répète) comme une interprétation possible et je démontrai que, même si on l'acceptait, aucun argument ne pourrait en être tiré contre notre droit.

Cette opinion continue à être tout à fait la mienne.

Et la définition de principes par laquelle j'ai ouvert le présent exposé sur la période britannique donne une base solide à mon affirmation. De

telle sorte qu'il n'est pas nécessaire de procéder ici à des développements particuliers.

En effet, nous avons dit et nous avons démontré que la réglementation extérieure, édictée par l'État local, unilatéralement ou d'accord avec l'autre État intéressé, peut être la même dans le cas d'entrée et dans le cas de passage. Les deux modalités peuvent être soumises aux mêmes conditions ou formalités extrinsèques, sans préjudice de la différence intrinsèque, qui se traduit dans le fait que, dans une hypothèse, existe un droit qui fait défaut dans l'autre.

Et, de même, nous avons dit et démontré que le passage peut être subordonné à une autorisation ou licence des autorités locales sans que cela affecte le droit à ce passage.

Le droit de transit est parfaitement conciliable avec la nécessité d'obtenir, chaque fois, une autorisation pour les formes concrètes de son exercice.

L'État local ne s'oppose pas au droit par le simple fait qu'il le soumet à cette formalité. L'opposition ne se produira que lorsque cet État fera de cet instrument un usage abusif, affectant le passage dans ses manifestations essentielles ou vitales. Mais alors il aura violé une obligation, il aura encouru une responsabilité internationale.

S'il en est ainsi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quel argument peut-on tirer contre notre thèse du fait que — suivant une certaine interprétation — le transit des forces armées et de police entre Damão et les enclaves ait été soumis à autorisation entre 1879 et 1892, en vertu du Traité de 1878?

L'argument est véritablement inexistant.

Les mêmes observations doivent être faites, *mutatis mutandis*, au sujet des accords de 1913, 1920 et 1940.

Et c'est ainsi qu'est, une fois de plus, ruinée l'argumentation présentée sur ce chapitre par nos adversaires.

Quant au transit des biens, il y a lieu de distinguer, ainsi que nous l'avons dit, armements et marchandises.

En ce qui concerne les armements, la Cour est au courant de la divergence des interprétations des deux Parties sur la portée du régime institué en 1880 par la règle 7 A.

Je ne vais plus recommencer cette discussion, me bornant à donner ici comme reproduit tout ce qui, en cette matière, a été exposé au nom du Gouvernement portugais, aussi bien dans la procédure écrite que dans les plaidoiries.

Je ne veux faire qu'une observation dans la ligne de raisonnement que je poursuis.

Si l'interprétation donnée par la Partie adverse à la règle 7 A était exacte (ce qui également n'est envisagé qu'à titre d'hypothèse), cela non plus n'affecterait en rien l'existence du droit de transit. Il s'agirait, de la même façon, d'une simple question de licence.

Enfin, en ce qui concerne les marchandises, j'estime que nous en avons déjà dit assez pour me sentir autorisé à ne pas revenir sur la question. En ce qui concerne, notamment, la situation régie par l'accord de 1945, les raisons que nous avons exposées précédemment subsistent entièrement. La position de nos adversaires est d'autant plus insoutenable qu'il est certain qu'ils prétendent fonder leur description d'un régime en vigueur en Inde non, comme il serait naturel, sur les lois et règlements

indiens, mais sur une simple lettre du gouverneur de Damão que, d'ailleurs, ils interprètent mal!

Je juge inutile de m'attarder davantage sur l'accord de 1945. Je prie respectueusement la Cour de se reporter à ma plaidoirie antérieure (compte rendu, IV, pp. 329 à 331).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après les considérations qui précèdent, et donnant toujours comme reproduites les affirmations avancées dans nos écritures et dans ma première plaidoirie, je vais maintenant essayer, en quelques mots, de mettre en évidence la leçon à tirer de la discussion autour de la période britannique.

Cette discussion a eu le mérite, d'après moi, de mettre en pleine lumière cette réalité: au cours des 130 ans de voisinage avec les Britanniques, le Portugal a exercé pacifiquement et constamment son droit de passage entre les différentes parcelles qui forment l'arrondissement de Damão.

Comme pendant l'époque précédente et pareillement à ce qui est arrivé durant les premières années de l'époque suivante, les communications entre Damão, Dadrá et Nagar-Aveli se sont maintenues sans interruption pendant tout le temps où nous avons eu la Grande-Bretagne pour voisine sur les terres hindoustaniques, c'est-à-dire de 1818 à 1947.

Le transit des personnes et des choses par territoire britannique entre ces portions de territoire portugais fut une réalité permanente, parfaitement appropriée à son but, à savoir: permettre lesdites liaisons, dans les limites imposées par la nécessité de l'exercice de la souveraineté et de l'administration portugaises sur les parcelles enclavées.

Cette réalité n'est pas récusée par la Partie adverse; au contraire, elle l'admet. Le Gouvernement de l'Inde prétend seulement qu'elle ne traduit pas l'exercice d'un droit. Nous avons circulé entre Damão et les enclaves depuis notre entrée en possession de celles-ci jusqu'à une date récente. Cependant, d'après nos contradicteurs, nous ne le fîmes pas sous couvert d'un droit, mais seulement de façon précaire, par pure faveur ou concession.

Passage sans droit de passage — tel est, en résumé, le point de vue indien.

Comme conséquence d'une telle conception, le Portugal, souverain de Dadrá et de Nagar-Aveli, ne serait pas assuré juridiquement des moyens indispensables pour faire valoir son autorité sur ces territoires, et ne l'aurait jamais été. Les liaisons des enclaves avec le reste du territoire national, et donc la possibilité de rendre effective l'autorité portugaise, dépendraient en dernier ressort de la volonté ou de l'arbitraire, voire même du caprice de l'État intercalaire.

L'existence pratique d'un droit incontestable et incontesté — notre droit de souveraineté sur Dadrá et sur Nagar-Aveli — se trouverait dépendre des faveurs ou de la générosité d'un État étranger. Dès que celui-ci déciderait de mettre un terme à sa générosité en interrompant les communications — comme l'Union indienne les a coupées en 1954 —, nous nous trouverions empêchés, du fait de cet État, d'exercer les pouvoirs et d'accomplir les devoirs inhérents à l'idée de souveraineté, comme nous en sommes empêchés, en réalité, depuis 1954. Mais nous n'aurions pas à nous plaindre, nous ne pourrions opposer aucune réaction juridique, puisque l'État intercalaire aurait agi d'une manière licite, en plein usage de son droit.

Et cette situation ne serait pas seulement la nôtre, mais celle de tous les États souverains d'enclaves.

Telles sont les étranges conclusions auxquelles conduit la thèse de nos contradicteurs.

Comme nous jugeons l'avoir bien prouvé, cette thèse n'est pas seulement contraire aux règles du droit international général ou commun, mais encore à celles du droit international particulier ou local, qui découle avec clarté des faits historiques.

Les faits de l'époque britannique, comme ceux des autres époques, fournissent dans ce sens une contribution décisive: ils forment le substratum des titres particuliers du droit de passage, que nous revendiquons avec l'entière conscience de la raison juridique et morale qui nous assiste.

La Grande-Bretagne a succédé à l'Empire mahratte en 1817-1818 dans la souveraineté sur les territoires qui s'étendent entre Damão, Dadrá et Nagar-Aveli. Et, du commencement jusqu'à la fin, elle eut une attitude de respect en face de la situation de droit et de fait qui s'était constituée avec le consentement de ses prédécesseurs, en ce qui concernait les enclaves et leurs relations avec le littoral.

Le Gouvernement de l'Inde conteste que la Grande-Bretagne ait reconnu l'existence, sur ce chapitre, de quelque droit que ce soit, acquis par le Portugal au temps de la domination mahratte.

Il y a là une confusion indéniable.

Commençons par le *droit de souveraineté* du Portugal sur Dadrá et Nagar-Aveli. Il est hors de doute que les Britanniques nous le reconnuent, puisqu'ils nous traitèrent toujours, sans la plus légère hésitation ni réserve, en souverains, non seulement de la zone littorale de Damão, mais aussi, de la même façon, des zones enclavées.

Ceci, nos antagonistes eux-mêmes sont bien obligés de l'admettre. Mais ils déclarent que cette attitude des Britanniques n'équivaut pas à la reconnaissance de notre souveraineté sur les enclaves, puisque celle-ci n'existait pas. La pétition de principe, le sophisme, sont clairs.

L'Union indienne ne peut partir du principe que la souveraineté n'existait pas, car ce principe ne représente nullement une vérité acquise. Le Portugal soutient justement le contraire avec des raisons bien fondées et qu'il croit irréfutables.

Dans cette controverse — que le Gouvernement indien, à l'occasion de ce litige, fut d'ailleurs le premier, au cours des temps, à susciter — l'attitude de la Grande-Bretagne, reconnaissant sans réticences la souveraineté portugaise sur les enclaves, représente un élément décisif en faveur de notre thèse, car la reconnaissance de notre droit par un État qui, comme successeur de l'Empire mahratte, aurait eu intérêt à le récuser ou à le discuter, vaut comme preuve plénière.

Et la souveraineté sur Dadrá et Nagar-Aveli ne nous fut pas reconnue seulement par la Grande-Bretagne au cours de multiples manifestations dont on trouve des traces pour ainsi dire à chaque page des documents relatifs à la période de sa domination. Cette souveraineté fut reconnue aussi, avec la même force, par l'Union indienne elle-même — par exemple (ce n'est qu'une manifestation entre beaucoup d'autres) quand elle nous demanda, en notre qualité de souverains sur ces territoires, que nous les lui transférions.

Il n'importe du reste pas de savoir à quel moment et à quel titre la *pragannah* de Nagar-Aveli entra en réalité dans l'orbite de la souveraineté portugaise. Ce qu'il importe de savoir, c'est qu'elle est nôtre et que cette circonstance nous confère le droit d'y avoir accès pour rendre effective l'autorité qui nous appartient.

En face de notre droit de transit, l'attitude des autorités britanniques fut aussi de reconnaissance et de respect.

Ces autorités, en reconnaissant notre souveraineté sur Dadrá et sur Nagar-Aveli, reconnurent en même temps et nécessairement notre droit aux communications avec ces territoires. Car, qui accepte la fin accepte également les moyens indispensables pour l'atteindre ou lui donner une signification pratique. Qui accepte la souveraineté d'un État sur des territoires enclavés ne peut manquer d'accepter, de la même façon, le droit d'accès de cet État à ces territoires pour y exercer sa souveraineté. C'est une imposition de la logique et du sens commun.

Cette acceptation du droit de passage comme d'un complément indispensable de la souveraineté implique dès lors, pour ce droit, une base volontaire ou conventionnelle.

La Grande-Bretagne a donné à notre droit de passage son *accord ou son consentement*, encore que tacite, comme, par la suite, l'Union indienne elle-même l'a donné. Accord ou consentement qui n'est rien de plus, d'ailleurs, que la répétition dans le temps de ce processus psychologique qui, par le Traité de 1779 et les conventions de 1783 et 1785, est à l'origine de notre droit.

Sur le chapitre du transit Damão-enclaves, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il n'y a qu'un secteur où la Grande-Bretagne ait revendiqué sa liberté d'action, ne se considérant pas, là, comme juridiquement liée. Ce secteur est celui de la réglementation et du contrôle du transit.

La Grande-Bretagne avait l'obligation de laisser passer et elle la remplit toujours. Mais cette obligation ne diminuait en rien sa souveraineté qui se maintenait intacte dans la plénitude de ses attributs ou prérogatives. Or l'un de ses attributs ou prérogatives était précisément de régler et de contrôler le transit qui s'opérait sur son territoire par le trajet Damão-enclaves, en en fixant les modalités et les conditions.

Notre droit de passage n'était pas, ni n'est, un droit avec immunité; il n'était pas, ni n'est, dégagé des incidences de la compétence territoriale.

Dans l'exercice de cette compétence territoriale — exclusive, mais non arbitraire — la Grande-Bretagne a toujours su se maintenir fidèle à son obligation internationale, imposée par différentes sources du droit des gens, de ne pas faire obstacle aux liaisons des enclaves avec le reste du territoire portugais.

Notre droit d'accès fut respecté: en effet, il put satisfaire pleinement sa raison d'être, à savoir d'assurer l'exercice de notre souveraineté et de notre administration sur les enclaves. C'est là une réalité que le Gouvernement de l'Inde lui-même et ses éminents représentants se voient contraints de reconnaître.

Tout ceci, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qui est clair et simple, la Partie adverse s'efforce de le rendre obscur et compliqué.

Dans cette tentative d'obscurcissement du problème, ne compte pas pour peu l'effort du Gouvernement de l'Inde pour présenter, par une assimilation indue, comme équivalents le cas particulier du transit Damão-enclaves et le cas général de l'entrée, sur le territoire de l'un des États, de personnes et de choses venues du territoire de l'autre.

Semblable assimilation n'a pas de raison d'être. Elle n'a pas de raison d'être même dans la mesure où il s'agit des communications entre Goa, Diu et Damão ou entre Goa, Diu et les enclaves. Ces communications ne sont pas équivalentes à celles qui constituent l'objet du droit reven-

diqué par l'État portugais, malgré ce que pourraient mener à supposer certaines allégations de la Partie adverse comme celles, par exemple, du paragraphe 284 de la duplique.

Il est évident que le Portugal doit prouver l'existence du droit qu'il invoque, c'est-à-dire d'un droit de passage assurant les communications avec les enclaves. Mais si l'existence de ce droit est, comme je le crois, démontrée, il est bien certain qu'il ne concerne que les communications directes entre les enclaves et la partie de notre territoire la plus rapprochée d'elles.

Jamais on n'a pensé que les communications avec les enclaves pussent s'établir par n'importe quel chemin à travers le territoire environnant.

Ce qui nous est assuré, c'est le transit *nécessaire, indispensable* à l'administration de ces parcelles. Et le transit qui correspond à cette notion est celui qui s'effectue par le trajet le plus direct, le plus court.

Les communications, donc, entre les autres territoires portugais de la péninsule hindoustane sont hors de cause, puisqu'elles entrent dans le cas général de la traversée par des personnes et des marchandises de frontières séparant deux États limitrophes.

Cependant, comme je l'ai observé, le Gouvernement de l'Inde s'évertue à assimiler ce cas général au cas particulier des communications Damão-enclaves.

Le raisonnement de la Partie adverse est le suivant : les deux cas sont équivalents. Or, dans le premier il n'existe pas de droit. Donc, il n'en existe pas davantage dans le second.

Toute l'inexactitude, tout l'« *a priori* » d'un tel raisonnement saute aux yeux.

On conçoit parfaitement, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que le mouvement de personnes et de choses entre des endroits indéterminés des deux États ne soit pas assuré juridiquement et que le soit cependant le mouvement entre deux points précis de ces mêmes États — à savoir, les territoires enclavés dans l'un des États et la partie la plus rapprochée de celui à qui appartiennent ces territoires.

Les deux situations sont complètement différentes et donc justifient des solutions différentes.

Dans le premier cas, la pénétration en territoire étranger ne correspond qu'à une notion de convenance, et on accepte donc sans grand effort un régime aux termes duquel on n'a pas de droit à cette entrée. Dans le second cas, au contraire, le passage par le territoire étranger répond à une idée de nécessité — nécessité absolue ou irréfragable — et, par conséquent, il ne serait pas compréhensible qu'elle ne fût pas couverte ni protégée par un droit international.

Tout ceci est amplement illustré par les faits historiques, notamment par ceux de la période britannique.

Il importe, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de tirer, par-dessus toutes les autres, une constatation de l'étude de cette époque. C'est celle-ci : jamais la Grande-Bretagne ne nous a rendu impossible l'exercice de la souveraineté dans les enclaves et donc elle a toujours respecté notre droit d'accès à celles-ci.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, suivant encore le plan établi, je m'occuperai maintenant de la coutume locale.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal a, en effet, comme source, entre autres, une coutume qui se forma localement dans la suite des temps, au cours des relations de l'État portugais avec l'État voisin.

Mon éminent ami et collègue M. le professeur Guggenheim a traité des principes relatifs à cette source de droit à la fin de l'audience de l'après-midi du 13 octobre (compte rendu, IV, pp. 705-706).

Se référant à mon intervention sur la coutume locale, M. le professeur Guggenheim a affirmé que je m'en étais occupé « d'une manière plutôt sommaire » et que j'avais repris l'exposé fait aux paragraphes 358 et 359 de la réplique. Il a cité à cet égard la page 432 du compte rendu du 28 septembre (IV), comme si toutes les considérations émises par moi sur la question se trouvaient concentrées dans cette page.

Or, en réalité, comme je voulais, tout en me refusant à toute digression inutile, présenter un exposé complet du sujet, j'ai dû, loin de me borner à reprendre le contenu des paragraphes cités à la réplique, imposer, à mon vif regret, à l'attention de la Cour des développements qui n'occupent pas moins, je m'en excuse, de 18 pages du compte rendu (IV, pp. 431 à 449).

Sommaire! J'aurais bien voulu l'être autant que mon estimé collègue qui, en pendant aux neuf premières de ces 33 pages consacrées aux principes généraux de la coutume locale, n'en a présenté, lui, que trois.

Mon éminent contradicteur défend dans le procès actuel la thèse de l'inexistence de la *coutume locale*. Il s'est ainsi avancé encore plus loin que le Gouvernement de l'Inde ne l'avait fait dans sa duplique, puisque celui-ci se bornait là à condamner, aux paragraphes 581 à 585, les *coutumes bilatérales*.

Selon la façon de voir exprimée par le conseil de l'Inde dans sa plaidoirie, les *coutumes générales* seules sont admissibles.

Pour être sûr de ne pas me tromper, je juge préférable de reproduire les termes mêmes de l'orateur. Les phrases suivantes, entre autres, qu'on lit aux pages 705 et 706 (IV) du compte rendu et dont je reproduis les passages intéressant la question, sont de lui :

« ... la règle coutumière ne peut pas se rapporter à une situation purement bilatérale ou locale... »

« ... telle situation purement bilatérale ou locale n'est pas génératrice d'une coutume. »

« Il est certes possible que des règles coutumières se rapportent à des situations locales ou bilatérales. »

et ici M. le professeur Guggenheim cite un exemple au sujet duquel il dit :

« ... Toutefois, cette situation bilatérale ou locale est fondée sur une pratique générale acceptée comme étant le droit. Il s'agit d'une coutume générale, valable dans toute la communauté internationale. »

Et, s'adressant à la Cour, le professeur Guggenheim dit encore :

« ... même si votre haute juridiction n'était pas disposée à suivre notre raisonnement et si vous admettiez au contraire l'existence en droit positif de *coutumes locales* et de *coutumes bilatérales* », etc.

Mon honorable collègue a donc été formel dans la défense du point de vue suivant : il n'y a pas de coutumes locales. Ce n'est qu'à titre d'hypothèse, et comme une opinion contraire à la sienne, qu'il prévoyait la possibilité d'une reconnaissance par la Cour de l'existence de coutumes locales et de coutumes bilatérales.

La doctrine défendue par le conseil de l'Inde serait-elle la bonne?

J'ai la ferme conviction que non.

Et la première opinion autorisée qui s'offre à moi pour l'opposer à la thèse défendue à cette barre par M. le professeur Guggenheim d'une prétendue inexistence d'un droit coutumier local ou particulier est celle même que cet éminent juriste a exprimée dans son *Traité de Droit international public*.

Nous trouvons à la page 50 du tome premier de cet ouvrage une synthèse parfaite de la bonne doctrine :

« Le droit international coutumier peut également se développer dans le cadre d'un droit particulier, par exemple d'un droit régional, et ne se rapporte ainsi qu'à une partie de la communauté internationale. En tout cas, ces règles ne valent pas pour les États qui se trouvent hors de ce domaine de validité. »

On pourrait difficilement formuler de manière plus parfaite le point de vue du Gouvernement portugais.

Et encore le solide appui que les écrits doctrinaux de cet éminent jurisconsulte apportent à ce point de vue ne s'arrête pas là.

Suivant l'opinion défendue à cette barre par le professeur Guggenheim, il n'existerait pas de véritables coutumes locales, parce que les faits ainsi appelés d'une façon impropre seraient des accords tacites. Un tel comportement déterminé, limité à certains des membres de la communauté internationale, ce n'est pas à titre de *coutume* qu'il pourrait les obliger, mais uniquement à titre de *convention*. Ce qui aurait l'effet pratique suivant — désiré par nos adversaires : pour que ce comportement possédât une force obligatoire, il ne suffirait pas de tenir pour démontrée l'*opinio juris*, il faudrait tenir pour démontré l'*accord* des États intéressés. L'élément psychologique revêtirait ainsi un caractère plus complexe, passant de simple *conviction* à un véritable *consentement mutuel*. Ce qui revient à dire que le conseil de l'Inde adopte — c'est le professeur Guggenheim — quant aux coutumes locales la *doctrine qui réduit le droit international coutumier à une convention tacitement reconnue entre les États*.

Mais cette doctrine est tout à fait inacceptable, tout au moins si l'on ajoute foi à ce qui se lit à la page 49 du tome premier du *Traité* du professeur Guggenheim.

L'éminent jurisconsulte se réfère à cet endroit *en termes généraux, sans aucune distinction ou limitation*, précisément à la *doctrine qui réduit le droit international coutumier à une convention tacitement reconnue entre les États*.

Pourquoi? En vue d'y applaudir et de l'adopter? En aucune manière. Mais bien pour la condamner et la rejeter, catégoriquement et formellement, comme *contraire au droit positif*.

Cette position du distingué maître de Genève est, du reste, en parfaite harmonie avec la reconnaissance expresse qu'il fait, dans un autre endroit déjà cité de son *Traité*, de l'existence non seulement de coutumes générales mais encore de coutumes particulières. D'après l'opinion soutenue dans le *Traité*, toutes les coutumes, que ce soient les coutumes *générales* ou que ce soient les coutumes *particulières*, le sont dans le véritable sens du terme, aucune d'elles ne se réduisant à n'être qu'une convention tacite.

Telle est aussi l'opinion du Gouvernement portugais, radicalement opposée à celle qui a été défendue à la barre par le conseil de l'Inde.

A l'audience du 29 septembre (IV, pp. 436 à 438), j'ai exposé largement les raisons qui rendent inadmissible la thèse de l'inexistence de coutume bilatérale, soutenue dans les paragraphes 581 à 585 de la duplique.

Or, ces raisons n'ont même pas mérité un essai de réfutation de la part de M. le professeur Guggenheim. En conséquence, elles doivent être considérées comme conservant toute leur valeur. Je me considère comme dispensé de les reproduire, en demandant que la Cour veuille bien leur accorder sa bienveillante attention.

Notre honorable contradicteur, sans répondre à ces raisons, s'est borné à affirmer dogmatiquement qu'il est « inconcevable qu'un usage basé sur des accords bilatéraux ou une certaine conduite concordante de deux États seuls, conduite toujours unilatéralement révocable, puisse créer une obligation coutumière » ; et que « tel est surtout le cas, si en l'espèce la pratique ... n'est pas basée sur un intérêt réciproque ».

Mais il n'y a dans cela rien d'inconcevable.

De même qu'une convention bilatérale peut créer une obligation, de même la coutume bilatérale peut en créer une. Ici comme là, le comportement des États est libre jusqu'à ce que surgisse l'obligation. Ici comme là, l'obligation peut incomber seulement à un des États et, par conséquent, n'exister que dans l'intérêt de l'autre.

Mon estimé collègue affirme encore :

« La Cour permanente de Justice internationale a préféré admettre pour une telle situation que l'usage éventuellement obligatoire soit considéré comme générateur d'un accord tacite et non généralement comme une coutume locale ou bilatérale » (IV, p. 705).

Il faut noter que, suivant la propre thèse du distingué conseil du Gouvernement de l'Inde, ce n'est que seulement en général que la Cour considérerait les situations en cause comme des accords tacites. Ce qui veut dire que, parfois, elle les considérerait comme des coutumes locales.

Cette affirmation détruit par elle-même la thèse qui prétend soutenir l'inexistence absolue de cette espèce de coutume.

Mais il y a plus. A l'appui de son affirmation suivant laquelle la Cour traiterait, généralement, comme des accords tacites les usages locaux obligatoires et, par conséquent, afin de prouver cette généralité supposée, le professeur Guggenheim se borne à citer un cas unique : l'avis consultatif concernant la *Ville libre de Dantzig et l'Organisation internationale du Travail*.

Le professeur Guggenheim ne s'appuie que sur un bref passage de cet avis où il est dit : « une pratique sur laquelle les deux Parties semblent maintenant être bien d'accord s'est graduellement développée ».

Et c'est sur cette simple phrase isolée du vaste ensemble de la jurisprudence de la Cour, sur cette phrase dont la portée est loin d'être celle que lui attribue notre estimé contradicteur, c'est sur cette phrase donc qu'il base, exclusivement, sa thèse du rejet jurisprudentiel des coutumes locales.

La Cour, en déclarant « les deux Parties semblent maintenant être bien d'accord sur la pratique », a bien pu vouloir uniquement marquer que les deux Parties reconnaissent ou admettent actuellement son existence, l'existence de la pratique.

Et si, par hypothèse, l'intention de la Cour a été d'affirmer que la pratique, dans le cas concret, était accompagnée d'un consentement

mutuel, on ne peut en conclure qu'elle lui eût dénié sa valeur si cette pratique avait été seulement accompagnée de l'*opinio juris*.

La simple constatation de l'existence de l'accord, en l'espèce, ne signifie nullement que celui-ci dût devenir indispensable; que sans lui, la pratique eût aussi perdu sa valeur obligatoire.

Le passage de l'avis consultatif concernant la *Ville libre de Dantzig* invoqué par le professeur Guggenheim est précisément cité par Sörensen (*Sources du droit international*, p. 104) pour donner un exemple de l'admission par la Cour de coutumes locales. Sörensen affirme que la Cour s'est appuyée sur une coutume particulière pour déterminer la compétence du Gouvernement polonais relative à la conduite des affaires extérieures de Dantzig. Et l'auteur remarque que la Cour s'est référée à une pratique graduellement développée, en mettant l'accent sur la durée et la continuité de cette pratique: d'où il conclut que la règle ainsi établie doit être classée dans la catégorie des règles coutumières.

Dans le même ordre d'idées, nous pouvons rappeler l'*Affaire des Pêcheries norvégiennes*, dont l'interprétation amena M. le juge Lauterpacht à déclarer que la Cour attribue à la pratique d'un petit nombre d'États la même valeur qu'à la pratique d'un grand nombre d'États (*The Development of International Law by the International Court*, p. 192).

Non moins significatif est l'arrêt sur le *Droit d'asile* du 20 novembre 1950. Après avoir observé que le Gouvernement de Colombie se fondait sur une coutume régionale ou locale, la Cour déclara, à la page 276 de l'arrêt:

« La Partie qui invoque une coutume de cette nature [c'est-à-dire une coutume locale] doit prouver qu'elle s'est constituée de telle manière qu'elle est devenue obligatoire pour l'autre Partie. »

La Cour a donc pris ici clairement position en faveur de l'existence de coutumes locales.

Si la Cour avait été d'une opinion différente, elle ne se serait pas exprimée comme elle l'a fait. Elle aurait dit, purement et simplement, que les coutumes locales sont inadmissibles. Elle ne l'a pas dit, bien au contraire, elle déclara que la Partie qui invoque une coutume de cette nature doit en apporter la preuve, ce qui, nécessairement, implique son admissibilité.

Telle est aussi la thèse de nombreux ouvrages doctrinaires parmi les meilleurs (sans parler encore du *Traité* du professeur Guggenheim).

Ainsi le très récent *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, publié sous le patronage de l'Union académique internationale et présenté par M. le président Basdevant, admet, à la page 181, que la coutume puisse être générale ou particulière.

M. le juge Moreno Quintana, qui se réfère, à la page 60 de ses *Preliminares del Derecho Internacional*, à la coutume universelle, continentale ou régionale, écrit à cette même place ce que je vais traduire:

« Elle [la coutume] exige aussi, pour être engendrée, deux ou plusieurs États ou autres personnes internationales ayant capacité juridique. »

M. le juge Moreno Quintana dit clairement, par conséquent, que la coutume peut procéder de deux États seulement: On trouve la même opinion exprimée dans l'ouvrage du même auteur, *Derecho Internacional Público*, page 47 (en collaboration avec Bollini Shaw).

Entre beaucoup d'autres auteurs, je puis encore signaler les suivants: Vattel, *Préliminaires*, paragraphe 26; Fauchille, *Traité de droit international public*, tome I, partie I, page 43; Verdross, *Völkerrecht*, traduction espagnole, 2^{me} édition, page 120; Charles Rousseau, *Principes généraux de droit international public*, I, Sources; Balladore-Pallieri, *Diritto Internazionale Pubblico*, 7^{me} édition, page 78; Jitta, *La rénovation du droit international sur la base d'une communauté juridique du genre humain*, pages 25-26.

Sörensen (*Sources*, p. 104) donne une image parfaite du cadre jurisprudentiel et doctrinal lorsqu'il formule la synthèse suivante:

« L'existence de telles coutumes, soit multilatérales, soit bilatérales, est généralement admise. »

Le professeur Guggenheim se montre surpris par le fait que nous attribuons le même contenu à la coutume générale et à la coutume locale que nous invoquons comme titres de notre droit. Cette coïncidence accidentelle de contenus — dit ironiquement mon estimé ami et collègue — serait comme le résultat d'une sorte de miracle.

Il n'existe pourtant là aucun motif à la moindre surprise, ni n'est-il besoin de faire appel au surnaturel pour expliquer ce qui, au contraire, est tout naturel.

La pratique observée par rapport aux enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli pendant une période de près de deux siècles n'est rien d'autre qu'un aspect de la pratique observée par rapport aux enclaves en général, de la manière décrite dans l'étude du professeur Bauer, dans nos écritures et aussi dans les plaidoiries de mon collègue le professeur Bourquin.

La coutume générale, évidemment, n'existe pas *a priori*, elle n'est pas bâtie sur des nuées, elle se fonde concrètement sur les usages qui furent en vigueur dans les enclaves disparues et le restent dans les enclaves portugaises auxquelles se réfère le procès actuel.

Cette coutume découle de ces divers usages et à cet égard les enclaves du Basutoland, de Baerle-Duc, de Baerle-Nassau, de Büsingen, de Llivia, de Campione, de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda, de Mechval, comptent tout autant que celles de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Le professeur Guggenheim lui-même le reconnaît si bien ainsi que dans sa plaidoirie sur la coutume générale, il s'est à différentes reprises référé à nos enclaves et a essayé de tirer des déductions du régime de ces communications (compte rendu, IV, pp. 682-685).

Mais, se demandera-t-on, s'il en est ainsi, pourquoi nous occupons-nous à part, dans nos écritures et dans nos plaidoiries, de la coutume relative à Dadrá et à Nagar-Aveli et pourquoi la présentons-nous comme un des titres de notre droit?

Notre thèse, souvent énoncée et justifiée, est que les titres particuliers invoqués par nous sont la concrétisation ou l'application des titres généraux.

La coutume locale, notamment, est la concrétisation ou l'application de la coutume générale. Elle constitue l'un de ses aspects ou parties intégrantes.

Même ainsi — et ceci encore a déjà été expliqué — il y a intérêt à traiter de manière autonome les titres particuliers, car si, par hypothèse, l'existence de titres généraux était niée, les titres particuliers resteraient qui suffiraient à fonder notre droit.

Notamment si aucune coutume générale n'avait légitimé ce droit, il le serait du fait d'une coutume locale.

Les divers titres se confirment les uns les autres, il y a entre eux une véritable coïncidence de contenu ou de substance, mais chacun d'eux par lui-même possède une force suffisante pour donner vie au droit réclamé.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le premier élément de la coutume locale dont le Portugal se prévaut — l'élément matériel ou externe, le *corpus* — n'est pas contesté par la Partie adverse. Cet élément est le transit qui s'est toujours effectué entre Damão, Dadrá et Nagar-Aveli d'une manière adéquate à son but — à savoir, le maintien des communications indispensables avec ces enclaves, et par voie de conséquence la possibilité d'y rendre effective la souveraineté portugaise — depuis que ces enclaves sont passées sous notre pouvoir jusqu'à une date récente.

Que ce transit se soit effectué largement et avec régularité, c'est ce que le Gouvernement indien lui-même avoue, au paragraphe 278 de la duplique par exemple.

Voici comment ce Gouvernement s'exprime sur ce point, à propos de la période britannique (de loin la plus longue des périodes entre lesquelles se divise l'histoire des faits intéressant le présent litige):

« Il est hors de doute », écrit le Gouvernement de l'Inde, « que pendant toute la période britannique on a circulé entre Damão et les enclaves. Il s'agissait à la fois de personnes et de marchandises et parmi les personnes figuraient des troupes en armes et des forces de police ainsi que des particuliers. »

La Partie adverse ne peut nier le fait patent du transit, ni que celui-ci comprenait les personnes comme les choses, en incluant parmi les personnes des troupes en armes et des forces de police.

D'ailleurs, les forces armées qui transitaient entre Damão et les enclaves n'étaient pas uniquement celles destinées à assurer le service normal, le service courant, de maintien de l'ordre.

L'histoire enregistre quelques cas de troubles ou de menaces de troubles de l'ordre public dans nos enclaves, troubles ou menaces de troubles toujours venant de l'extérieur, provoqués par des éléments étrangers aux enclaves elles-mêmes. Il s'agissait d'ailleurs d'incidents sans signification politique hostile au Portugal et qui provenaient des conditions politiques féodales existant à l'époque dans l'Hindoustan.

Or en tous ces cas les autorités portugaises — sans la moindre opposition du souverain du territoire intermédiaire — ont envoyé les renforts exigés par les circonstances, pour prévenir ou réprimer les troubles.

C'est ainsi qu'en novembre 1814 l'incident suivant survint:

Les capitaines mahrattes d'Umbargo entrèrent en Nagar-Aveli à la tête d'un détachement militaire, sous le prétexte d'y capturer des voleurs qui s'y seraient réfugiés, venant des territoires mahrattes voisins. Devant cette violation de notre souveraineté, le gouverneur de Damão fit recruter et armer sur place une milice. Mais il ne se borna pas à cela; il alla plus loin: il envoya immédiatement de Damão en Nagar-Aveli un détachement de cipayes, c'est-à-dire de soldats, pour réprimer la violation commise, en chassant les envahisseurs.

Autre fait survenu en décembre de la même année 1814: le gouverneur de Damão eut vent que des éléments irresponsables procédaient en terri-

toire mahratte à des préparatifs en vue d'envahir par surprise Nagar-Aveli. De nouveau, le gouverneur de Damão envoya des troupes à la *pargana*, afin d'occuper les postes de Dadrá et Naroli et de faire face à l'invasion que l'on redoutait.

Autre incident, celui-ci, ainsi que les suivants, datant déjà de l'époque britannique: en 1826, des cavaliers du royaume de Dharampour entrèrent dans Randá Pequeno, village de Nagar-Aveli, et enlevèrent le fermier de ce village. Le gouverneur de Damão, outre qu'il fit recruter des archers dans la *pargana*, fit envoyer là-bas, de Damão, de l'infanterie et des armes. Il fit, tout de suite, part de l'incident au gouverneur britannique de Surat, en l'informant notamment de l'envoi de troupes qu'il avait ordonné. Dans sa réponse, le gouverneur britannique ne fit pas la plus petite objection à cet envoi.

Un fait similaire se produisit en 1830: des individus du royaume de Dharampour pénétrèrent en Nagar-Aveli et assassinèrent le fermier du village de Morcol et quelques membres de sa famille. Craignant le retour d'attentats de cet ordre, et pour le prévenir, le gouverneur de Damão fit expédier du littoral à destination de Nagar-Aveli des renforts destinés à garnir les frontières. Le gouverneur donna, plus tard, connaissance du fait aux autorités britanniques qui dans leur réponse ne formulèrent aucune protestation.

En 1849 un nouveau petit incident se produisit à Randá Pequeno en Nagar-Aveli. Plusieurs hommes armés sortis du territoire voisin pénétrèrent dans ce village portugais et essayèrent de percevoir certains impôts sur les vendeurs pendant la foire hebdomadaire. Le gouverneur de Damão donna l'ordre au commandant militaire de Nagar-Aveli d'envoyer chaque semaine de Dadrá, où elles avaient leur caserne, des patrouilles destinées à faire la police des marchés de Randá Pequeno à Nagar-Aveli; il faudrait par conséquent traverser le territoire britannique; et en plus il envoya de Damão des renforts dans la *pargana*.

L'incident de Vassona de 1857 mérite aussi d'être relaté. A un moment donné on fut prévenu à Damão qu'un groupe nombreux de hors-la-loi, connus sous le nom de *bills*, étaient descendus des Ghâts et avaient pénétré dans la *pargana* de Nagar-Aveli. Vérification faite, on constata qu'il s'agissait, non de *bills*, mais de paysans qui venaient chercher asile sur le territoire portugais. Cependant, avec l'idée qu'il s'agissait d'une agression véritable, les mesures voulues furent prises pour la repousser. On expédia notamment de Damão une troupe, à laquelle les fugitifs se rendirent, déposant leurs armes, dès qu'elle parut dans le village de Vassona, en Nagar-Aveli.

Les documents relatifs à ces cas se trouvent consignés au dossier. Pour les incidents de la période mahratte, il faut se reporter au paragraphe 126 de la réplique et à ses annexes nos 42 et 43; pour le premier incident de Randá Pequeno, au paragraphe 21 du mémoire et ses annexes nos 14 et 15, et au paragraphe 189 de la réplique et à ses annexes nos 81 et 82; pour le second incident de Randá Pequeno, au paragraphe 22 du mémoire et à son annexe n° 16 et au paragraphe 189 de la réplique; pour l'incident de Morcol, au paragraphe 190 de la réplique et à ses annexes nos 83, 84 et 85; et pour l'incident de Vassona, au paragraphe 191 de la réplique et à l'ouvrage, cité dans celui-ci, d'Antonio Francisco Moniz Junior, *Notícias e Documentos para a História de Damão*, volume II, page 117. Seulement en ce qui concerne le cas de Vassona, la Partie adverse essaie de réfuter son exactitude, mais au paragraphe 357 de la duplique, elle se borne à

prétendre que cet ouvrage que j'ai cité est postérieur de quelques dizaines d'années aux faits relatés et qu'on n'y fait pas mention de l'envoi d'une force armée. Mais la première circonstance ne détruit évidemment pas la réalité du fait et, quant à la seconde, elle est inexacte, comme une simple lecture du passage reproduit au paragraphe 191 de la réplique suffit pour en faire foi.

Sur la possibilité de l'envoi de forces armées dans les enclaves pour prévenir ou réprimer des violations d'ordre légal, le fait relaté au paragraphe 20 du mémoire et auquel se réfèrent ses annexes nos 9 à 13 est aussi d'une signification fort claire.

Il ressort de tout cet exposé que ce n'est pas seulement dans l'accomplissement de leurs devoirs normaux et pour y remplir leurs fonctions habituelles que des forces armées transitaient entre Damão et les enclaves.

Il ne saurait subsister nul doute à cet égard.

L'examen des faits, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, montre clairement que ce transit s'effectuait aussi quand des circonstances anormales le réclamaient. C'est-à-dire que dans les quelques cas où au cours de près de deux siècles, il y eut des troubles ou des menaces de trouble de l'ordre légal dans les enclaves, les autorités portugaises y envoyaient de Damão, à travers le territoire intercalaire, les forces nécessaires pour faire face aux événements ou les prévenir et cela sans aucune opposition ou protestation de la part du souverain de ce territoire intercalaire.

De là ressort sans équivoque possible la conclusion suivante: même si par hypothèse — hypothèse non vérifiée, ainsi que l'a prouvé M. le professeur Bourquin — le transit de forces armées dans les circonstances mentionnées, c'est-à-dire dans le cas de troubles de l'ordre, n'avait pas été conforme à la coutume générale, il l'aurait certainement été à la coutume locale relative à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Cette pratique est en parfait accord avec les conventions de 1783 et 1785, conclues avec les Mahrattes à la suite du Traité de 1779, à l'occasion de la remise des villages qui nous étaient transférés; puisque, en vertu de ces conventions, comme nous le savons, le Portugal fut investi non seulement du droit mais aussi du devoir de maintenir l'ordre dans la *pargana*. La possibilité d'envoyer, par le territoire voisin, les moyens nécessaires pour ce faire s'ensuit nécessairement.

[Audience publique du 28 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai parlé ce matin du premier élément de la coutume.

Quant au second élément, l'élément spirituel ou interne — l'*animus*, traditionnellement dénommé *opinio juris sive necessitatis* —, on constate chez les jurisconsultes des divergences sur la nécessité de cet élément et, si on l'accepte, sur sa preuve.

Certains prétendent que l'*opinio juris* est inutile. C'est ce que soutiennent, entre autres, les professeurs Kelsen et Guggenheim, ce dernier dans son *Traité*. Comme je le signalais dans ma première intervention, le Gouvernement indien est d'une opinion différente, à laquelle M. le professeur Guggenheim s'est rangé dans sa plaidoirie.

Certains veulent que l'*opinio juris* ait une place autonome dans le concept et dans la structure de la coutume, mais la considèrent comme

objet d'une présomption irréfragable ou présomption *juris et de jure*. L'*opinio juris* se présume, aussi n'y a-t-il pas à prouver son existence; mais la présomption est *juris et de jure*, de sorte qu'on ne peut non plus prouver son inexistence. Du fait matériel de la pratique externe on infère, sans contradiction possible, l'élément spirituel qui la détermine. Ainsi pense, notamment, Seferiades.

D'autres, sans aller aussi loin, font de l'*opinio juris* l'objet d'une présomption, mais d'une présomption *juris tantum*. La charge de la preuve se trouve interversée. La partie qui invoque la coutume se trouve dispensée de prouver l'existence de l'*opinio juris*; la partie adverse a la charge, elle, de prouver son inexistence. Telle est, si je la résume fidèlement, la conception de sir Hersch Lauterpacht.

Toutes ces variantes s'inspirent d'une vue réaliste de la difficulté et parfois de l'impossibilité de prouver l'élément spirituel de la coutume comme réalité du monde psychologique: tapie dans le for intérieur des sujets, elle ne s'extériorise que rarement de manière explicite. Les hommes agissent généralement sans donner leurs raisons, sans proclamer les motifs de leur conduite.

Cette même considération pousse ceux qui exigent l'*opinio necessitatis* et ne la donnent pas comme présumée à se contenter d'une preuve indirecte et souple, basée sur de simples indices. Il faudra examiner les faits dans l'ensemble de leurs circonstances, à la lumière du bon sens, et voir s'ils constituent des *indices* de la conviction des agents que la pratique en cause correspond bien à une nécessité internationale et doit être respectée comme obligatoire.

Or les faits et les documents du dossier sont suffisants, je crois, pour satisfaire à la doctrine — même à la plus rigoureuse — de l'*animus* de la coutume.

La Partie adverse allègue que nous n'avons jamais revendiqué expressément le droit de passage jusqu'à une date récente. Sir Frank Soskice, notamment, a beaucoup insisté sur ce point.

Certes, nous n'avons jamais revendiqué *expressément* le droit de passage, avant qu'il ait été violé par l'Union indienne. Nous ne l'avons jamais revendiqué pour la bonne raison que nous n'avons jamais eu besoin de le faire. Et nous n'avons jamais eu besoin de le faire parce que jamais ce droit ne nous a été dénié ni n'a été contrarié dans son exercice, ni même n'a été menacé.

Nous l'avons toujours imperturbablement exercé. Le but visé par son moyen a toujours été pleinement atteint: à savoir, le maintien des communications avec les enclaves et corollairement celui de notre autorité effective sur elles.

Dans ces conditions, à quel propos aurions-nous été revendiquer un droit auprès de quelqu'un qui n'en méconnaissait pas l'existence, ni ne s'opposait à son exercice, ni ne lui manifestait aucune espèce d'hostilité?

Cette invocation explicite de notre droit, des règles du droit international au nom desquelles s'effectue le transit entre Damão et les enclaves, nous l'avons faite dès que ce droit a été lésé, dès que ces règles ont été méprisées. Vous l'avez reconnu ainsi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans votre arrêt sur les exceptions préliminaires indiennes.

Vous avez écrit, en effet, à propos de la troisième exception, aux pages 147-148 de cet arrêt, que les échanges de vues réalisés après les événements de juillet-août 1954 révèlent:

« que bien que ceux-ci [c'est-à-dire ces échanges de vues] entre les Parties n'aient pas pris le caractère d'une controverse sur la nature et la portée du droit de passage, le Portugal a qualifié le refus du passage par lui réclamé comme étant incompatible non seulement avec les exigences des rapports de bon voisinage, mais aussi avec la coutume établie et le droit international en général ».

Dès cette période donc, un droit de passage, basé sur la *coutume* et sur les *règles de droit international*, était explicitement revendiqué, bien qu'on n'eut commencé à discuter ni de sa nature ni de sa portée, *puisque l'Union indienne ne l'avait pas, même alors, contesté*. Car l'Union indienne — il faut le souligner fortement — n'a commencé à nous dénier le droit de passage qu'au cours du procès actuel; ce fut pour elle un moyen de se défendre contre les demandes formulées par l'État portugais dans sa requête.

Avant ce procès, au cours de la correspondance qui a suivi les attaques aux enclaves, elle ne l'avait pas fait. Elle s'était obstinée dans sa décision de ne pas nous consentir, en fait, l'accès à Dadrá et à Nagar-Aveli, mais elle n'avait pas osé s'attaquer à l'existence du droit de passage par nous réclamé.

On se souvient en particulier de la note que le Gouvernement portugais adressa au Gouvernement indien le 6 août 1955, après que celui-ci nous eut demandé la fermeture de notre légation à New-Delhi (annexe indienne C n° 88).

Dans cette note, le Gouvernement portugais, résumant ses revendications précédentes et ses affirmations d'après les attaques aux enclaves, réclama une nouvelle fois l'accès à celles-ci, en ajoutant:

« Ceci représente un droit de l'État portugais, dont l'existence est solennellement affirmée et à l'exercice duquel correspond pour l'Union indienne une obligation qui ne saurait être supprimée par des arguties. »

Le Gouvernement portugais proclamait donc solennellement l'existence du droit de transit pour le Portugal et de l'obligation corrélatrice de l'Union indienne.

Cette dernière affirmation, si catégorique, l'Union indienne l'a-t-elle contestée? Non, pas plus qu'elle n'avait contesté les affirmations similaires faites antérieurement.

L'Union indienne ne répondit même pas à la note dont il s'agit, la note du 6 août 1955.

Il ressort de tout ceci que la conviction de l'existence d'un droit portugais de transit se manifesta d'une façon tout à fait explicite, avec la plus entière netteté, dès que ce droit fut violé. Du côté du Portugal il fut invoqué expressément; du côté de l'Union indienne il ne fut pas contesté.

Ce fait est particulièrement significatif. Il vaut par lui-même comme *reconnaissance* ou *aveu* de notre droit et on le retrouve d'ailleurs dans la ligne logique des nombreuses manifestations de l'*opinio juris sive necessitatis* enregistrées d'époque en époque et qui ont été exposées en temps opportun.

Et qu'il me soit permis de faire ressortir le point suivant: la Partie adverse nous dénie aujourd'hui le droit au transit. Elle revendique donc pour elle-même le droit de régler ce transit comme bon lui semble, sans

la moindre restriction ou limitation, car, en réalité, l'alternative qui domine tout le procès est celle-ci : ou bien, pour le Portugal, droit de passage, ou bien, pour l'Union indienne, droit de réglementation illimité. Les deux droits s'excluent l'un l'autre. Ils sont antithétiques. C'est l'un qui existe, ou c'est l'autre. Nous, nous prétendons que c'est le premier ; nos adversaires soutiennent que c'est le second.

Bien ! Nos antagonistes veulent contester le droit de passage sous prétexte qu'il n'a pas été revendiqué expressément avant sa violation. Alors on demande : l'autre droit, celui que l'Union indienne s'attribue, celui d'une liberté totale de réglementation, a-t-il été, lui, une fois revendiqué ? Non ! Jamais il ne l'a été, même pas quand, en 1954, le différend actuel s'éleva entre les deux États. Il ne le fut, et déjà pendant ce procès, que pour être opposé à notre requête. On va voir donc que l'argument de nos adversaires se détruit lui-même.

En ce qui concerne les manifestations nombreuses et variées de l'*opinio juris* que l'on rencontre au cours des temps, je m'abstiendrai de les réexaminer en détail, pour ne pas risquer de fatiguer inutilement l'attention de la Cour. Parmi ces manifestations, je peux en rappeler quelques-unes, celles-ci, par exemple : longévité et régularité du transit ; affirmation de son caractère nécessaire comme fondement de l'obligation de permettre le passage ; affirmation du caractère particulier des enclaves ; cas d'interdiction de l'entrée en territoire voisin, mais de permission de passage entre Damão et les enclaves ; existence, dans celles-ci, d'un centre unique d'administration civile et du commandement militaire et policier, organisation basée sur la certitude d'un passage assuré, notamment entre les enclaves ; négociations pour l'acquisition d'un corridor comme moyen de remplacer le droit — moins avantageux — de simple transit par un droit — plus considérable — de souveraineté ; travaux préparatoires de la convention de Barcelone ; construction des aqueducs de Lavacha, pour assurer, sur le plan matériel, des communications ininterrompues, déjà assurées sur le plan juridique.

Rien de tout ceci n'est ruiné ni même ébranlé par la circonstance, sur laquelle insiste tellement la Partie adverse, que parfois on a conclu, entre les deux États voisins, des accords ou des arrangements sur le transit Damão-enclaves, inspirés par l'idée de réciprocité. On nous donnait alors, relativement à ce transit, certains avantages, tels que des exemptions douanières, en contre-partie d'autres avantages que nous offrions de notre côté. Rien de tout ceci ne s'oppose à notre droit de passage, car il ne s'agit là que d'aspects de la réglementation des conditions de son exercice. Et on sait bien que la réglementation ne se confond pas avec le droit lui-même.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la critique adressée à la preuve de l'*opinio juris* laisse entièrement debout cette preuve.

Quelques-unes des plus importantes manifestations de l'élément psychologique de la coutume n'ont, pour ainsi dire, pas paru devoir mériter de commentaires de la part de nos éminents adversaires. Je pense notamment au cas des aqueducs de Lavacha dont la relation est reproduite au compte rendu, IV, pages 446 à 449. Ce cas des aqueducs de Lavacha est particulièrement significatif, aussi, sans revenir sur une description qui ne présente pas de nécessité étant donné l'attitude de nos éminents contradicteurs à son égard, je demande respectueusement à la Cour d'accorder son attention à ce que j'ai dit à l'endroit cité.

Je désire seulement exprimer encore quelques observations relatives à la convention de Barcelone pour compléter l'exposé des paragraphes 227 à 253 de la réplique, et ce que j'ai dit sur le sujet à la séance du 29 septembre (compte rendu, IV, pp. 444 à 446).

Ces observations sont provoquées par les commentaires de M. le professeur Rolin, tels qu'on peut les lire aux pages 655 et suivantes du compte rendu.

M. le professeur Rolin avoue qu'à m'entendre parler de l'affaire — qui d'ailleurs, comme je l'ai dit il y a peu de temps, avait déjà fait l'objet d'un exposé encore plus détaillé dans la réplique — il fut impressionné; mais cette impression aurait disparu quand il étudia l'affaire.

Sincèrement, je ne vois pas de motif pour que cette première impression ait disparu. Il est fort probable qu'elle aurait persisté si mon distingué contradicteur s'était arrêté davantage à l'analyse des travaux préparatoires de ladite convention.

Ainsi qu'il a été expliqué en détail à l'endroit cité de la réplique, on consigna à l'article 14 du Statut sur la liberté du transit — en vertu de la généralisation d'une proposition du délégué de l'Inde qui avait reçu l'accord préalable des délégués de la France et du Portugal — que les dispositions de ce Statut ne s'appliqueraient pas, *pour des raisons administratives*, aux enclaves; mais il fut consigné en même temps que les États intéressés appliqueraient aux enclaves un régime qui dans la mesure du possible respecterait le transit et les communications.

À cet égard le délégué de l'Inde a fait, en séance plénière, des déclarations parfaitement péremptoires dont la portée ne peut être ni méconnue, ni sous-estimée.

Il n'a pas fait seulement la déclaration que M. le professeur Rolin a reproduite, d'ailleurs de manière incomplète, dans le discours du 10 octobre, IV, page 657 dudit compte rendu.

Ainsi, comme on le voit dans les compte rendus relatifs à la convention, pages 153-154, au cours de la séance du 22 mars 1921 le délégué de l'Inde a déclaré:

« Le but de notre amendement ... est simplement d'éviter des difficultés administratives. Il n'est pas destiné à mettre des obstacles au transit, d'ailleurs d'importance limitée, en provenance ou à destination des établissements... »

Quelques jours plus tard, à la séance du 11 avril, le délégué de l'Inde a repris la même idée. Se rapportant à l'article 14 du Statut sous sa forme définitive, il a dit:

« Je tiens à spécifier qu'en acceptant cet article la délégation de l'Inde estime qu'il est bien sous-entendu — et cette question a été exposée à la sous-commission — que l'on peut percevoir des droits de douane sur des marchandises arrivant aux Indes britanniques, et qu'on peut surveiller la contrebande. Il n'y a nulle intention de restreindre ou de mettre obstacle au commerce légitime avec les établissements. Comme je l'ai expliqué à la conférence et à la sous-commission, les difficultés que nous essayons de tourner sont essentiellement de nature administrative.

Je voudrais que ceci fût inséré au procès-verbal. »

C'est seulement ce second passage que Monsieur le professeur Rolin a reproduit dans sa citation; et même là, pas intégralement puisqu'il a

omis de rapporter la dernière phrase, pourtant d'un intérêt évident, où le délégué de l'Inde manifestait expressément le désir de voir sa déclaration consignée au procès-verbal.

Voici, pour ce qui nous intéresse plus directement, les affirmations catégoriques du délégué de l'Inde :

« Le but de notre amendement ... est simplement d'éviter des difficultés administratives. Il n'est pas destiné à mettre des obstacles au transit...

Il n'y a nulle intention de restreindre ou de mettre obstacle au commerce légitime avec les établissements...

Je voudrais que ceci fût inséré au procès-verbal. »

Que signifie ce souci particulier et insistant de rendre bien explicite qu'on n'avait pas en vue de restreindre le transit ni d'y faire obstacle ?

Que signifie ce souci, poussé jusqu'au point de manifester clairement le désir qu'une telle déclaration fût enregistrée ?

Que peut signifier tout ceci sinon l'engagement de respecter le transit ?

Et cependant M. le professeur Rolin prétend que le délégué de l'Inde n'a rien promis. Une telle affirmation nous surprend ; elle est contraire à la réalité et s'attaque au principe de la bonne foi dans l'interprétation des manifestations de volonté — ce principe que mon honorable antagoniste n'a pu manquer de reconnaître, pendant la séance du 12 octobre, comme une vérité indiscutable (compte rendu, IV, p. 654).

Les déclarations du délégué de l'Inde n'auraient pas eu le sens *psychologique* d'un engagement, dans le cas seul où, en les faisant, il aurait pratiqué la *réserve mentale*. Et même ainsi, elles vaudraient toujours, juridiquement, comme engagement, puisqu'il est bien connu que la réserve mentale est sans effet et ne retire ni leur valeur ni leur efficacité contraignante aux déclarations auxquelles elle s'applique.

Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, en résumant et pour conclure cette partie de ma plaidoirie concernant la coutume locale, en face des faits du dossier, je peux répéter ici ce que nous avons déjà écrit au paragraphe 50 de notre mémoire :

« Un *titre historique* en résulte, qui suffirait au besoin pour donner un fondement solide au droit revendiqué dans le litige actuel. Qu'on le rattache à la notion de prescription ou à celle de coutume, peu importe. Les deux notions ont des connexions étroites et il est parfois difficile de les distinguer nettement. Ce qui est certain, c'est qu'un usage s'est développé pacifiquement, avec le consentement et même la participation active des États voisins intéressés ; c'est que cet usage, consolidé par le temps, confère au Portugal un droit qui ne peut plus être remis en question et qui existerait à son profit, même à défaut de tout autre titre. »

Nous pouvons même aller plus loin et affirmer que les faits exposés signifient ou incarnent une véritable reconnaissance, un véritable aveu de notre droit.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, au moment d'aborder les faits relatifs à la période post-britannique, je suis malheureusement contraint, avant d'aller plus loin, de m'élever fermement contre le ton et l'orientation des plaidoiries de nos adversaires sur ce chapitre et encore sur d'autres semblables, tels que les allégations introductrices et celles relatives aux manquements de l'Inde.

Je me considère comme d'autant mieux autorisé et d'autant plus obligé à exprimer ici cette protestation que j'ai conscience que nous, conseils du Portugal, n'avons jamais manqué à l'objectivité ni à la courtoisie. Où que ce soit, nous n'aurions jamais omis de mesurer nos paroles et tout particulièrement dans cette enceinte.

Nos contradicteurs n'ont pas toujours jugé bon de suivre cet exemple et se sont laissé entraîner, dans les chapitres susmentionnés, sur un terrain manifestement situé hors des limites dans lesquelles ils auraient dû se tenir.

Les plaidoiries auxquelles je me réfère, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sont pleines d'accusations graves contre le Portugal, d'accusations aussi injurieuses que fausses et que je repousse avec indignation.

On est presque porté à penser que nos antagonistes, à bout de ressources, conscients de la fragilité de leurs arguments, n'ont pas trouvé d'autre solution que de forcer le ton pour masquer la faiblesse de leurs positions.

Point n'est besoin, à qui est persuadé d'avoir raison, d'abandonner la discussion sereine des principes et des faits pour se livrer, en marge de celle-ci, à des attaques passionnées et absolument dépourvues de vérité.

Déjà il y a deux ans, au sujet de certaines considérations émises par M. l'*Attorney-General* de l'Inde sur l'attitude et les intentions du Portugal, j'avais signalé dans ma réponse que ces considérations mériteraient sans doute d'être relevées comme peu conformes aux règles de la courtoisie internationale.

Mais cette année, le mépris de ces règles a atteint un degré et une gravité encore plus forts et ceci m'oblige — j'en demande pardon à la Cour — à être plus catégorique et plus formel.

Selon les allégations répétées de nos contradicteurs, la conduite des Portugais dans le passé et dans le présent n'aurait été, sans cesse ni exception, qu'un tissu d'actes arbitraires, de perfidies, de violences, de cruautés, de massacres. Gouverner, pour les Portugais d'autrefois et d'aujourd'hui, n'aurait consisté qu'à faire régner le despotisme, qu'à exercer la tyrannie, qu'à user de fraude, qu'à semer la terreur par le feu et par le sang. Ça aurait été — M. l'agent de l'Inde ne se prive pas de le dire — ça aurait été même de lancer nos troupes contre des populations innocentes et sans défense.

Il est évident que des accusations de ce genre, du fait de leur fausseté patente, ne peuvent impressionner personne. Et elles peuvent impressionner moins encore, si c'est possible, ceux qui connaissent le caractère profondément pacifique du Portugais et la manière fraternelle et loyale dont, tout au long des siècles, il a traité les autres peuples et s'est fondu avec eux. C'est un lieu commun que de parler de la douceur des mœurs portugaises: et si cette douceur est parfois, passé une certaine limite, considérée comme un défaut, elle représente aussi, sans aucun doute, une vertu, une des principales vertus dont nous sommes légitimement fiers.

Il serait d'ailleurs toujours possible et facile de choisir dans l'histoire de n'importe quel pays, surtout quand il s'agit d'une histoire longue et riche comme la nôtre, une liste de quelques actions répréhensibles. Il serait toujours possible d'isoler du comportement de milliers d'hommes au cours des siècles son côté négatif, en faisant totalement abstraction du côté positif.

En toute objectivité, on devra reconnaître que semblable travail serait facile, même en ce qui concerne l'administration du jeune État de l'Union indienne pendant ses douze ans d'existence indépendante.

Monsieur l'agent de l'Inde n'a rien négligé qui pût, dans son intention, discréditer les gouvernants et le peuple du Portugal, ce peuple dont font partie, sans différenciation, les Goanais.

Ces accusations, outre leur manque de pertinence, dues au fait qu'elles sont étrangères à l'objet du litige, ne sont que de pures affirmations gratuites, totalement dépouillées de vérité, sans aucune base documentaire, si l'on excepte les témoignages tendancieux.

Dans son introduction, M. l'agent de l'Inde déclare que le Gouvernement du Portugal récuse le témoignage même des écrivains portugais relativement au comportement que nous avons toujours eu dans l'Hindoustan.

Il y eut, en vérité, au siècle dernier et au début de celui-ci, deux ou trois écrivains qui — influencés par un des courants qui, à l'époque, furent à la mode (au Portugal comme en bien d'autres pays) mais en contradiction avec l'écrasante majorité des penseurs — émirent certaines appréciations peu conformes à la réalité au sujet de ce comportement. Mais même de tels écrivains en vinrent, plus tôt ou plus tard, à se rétracter, et reconnurent le mal fondé et l'injustice de leurs considérations antérieures. C'est le cas, par exemple, du poète Antero de Quental dans ses « Lettres » où, jugeant son œuvre — cette œuvre à laquelle M. l'agent de l'Inde a certainement voulu faire allusion, car on l'avait déjà citée dans le même dessein à l'annexe A n° 1 des exceptions préliminaires indiennes — il écrit ces lignes rectificatrices :

« *Mon Discours sur les causes de la décadence des peuples péninsulaires au XVII^{me} et au XVIII^{me} siècle*, bien qu'il foulât un terrain plus solide, le terrain de l'histoire, se ressent encore beaucoup des idées politiques préconçues de la critique historique tendancieuse. » (*Lettres* d'Antero de Quental, p. 7.)

Et, pour le temps présent, nos adversaires utilisent largement des articles de la presse indienne et des manifestes ou pamphlets émanés de milieux politiques hostiles au Portugal, témoignages qui s'intègrent dans une campagne contre mon pays, fomentée par l'Union indienne sur son territoire et auxquels leur partialité, leur passion, ôtent tout crédit.

Un tel procédé d'ailleurs est possible et facile à employer; si facile qu'il en a été usé en d'innombrables occasions. Sans doute a-t-il surtout été utilisé par les pays qui ont des visées territoriales.

Ils ne manquent jamais de prétendues raisons et de moyens de propagande pour essayer de convaincre le monde de leur bien-fondé. Ils ne manquent jamais de prétendues raisons, mais celles-ci sont toujours les mêmes: la volonté des peuples, leur désir d'union, l'oppression. Dans ce vocabulaire, il n'y a rien de nouveau. L'Union indienne, à ce point de vue, n'a fait preuve d'aucune originalité.

THE PRESIDENT: It would be desirable if both Parties in their further arguments presented to the Court limit themselves to those observations which are relevant to the case.

M. TELLES: Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nos contradicteurs s'obstinent à réintroduire dans le débat des questions qui, à mon avis, sont étrangères aux questions et aux problèmes débattus.

Notre position à cet égard est bien connue.

Le litige soumis au jugement de la Cour est un litige juridique. Ce n'est pas un litige politique. Si c'était un litige politique, du reste, la Cour n'aurait pas compétence pour en connaître.

Le Gouvernement indien lui-même a reconnu la nature juridique du différend, qui ne peut plus être mise en doute, car si à son avis celui-ci était de caractère politique, il lui aurait fallu opposer en temps utile à notre requête, en se basant sur cet argument, une septième exception (à ajouter aux six autres); et la vérité est qu'il ne l'a pas fait.

Le différend revêtant un caractère juridique et devant être réglé par la Cour conformément au droit international, suivant les termes formels de l'article 38 du Statut, il n'y a pas lieu de le laisser s'égarer sur d'autres domaines.

Je voudrais seulement, Monsieur le Président, si vous me le permettez, souligner notre position à ce sujet dès le début du procès.

Déjà dans l'introduction à ses exceptions préliminaires, la Partie adverse avait tenté de faire sortir le litige de son véritable domaine.

C'est volontairement dans une annexe sur les exceptions préliminaires que nous avons formulé des observations visant à souligner le caractère non fondé des allégations portées par le Gouvernement de l'Inde. Et comme ce Gouvernement, en rééditant de telles allégations dans le contre-mémoire, y a joint, en vue de les corroborer, un opuscule ne présentant aucune valeur tant par son origine que par son contenu, le Gouvernement portugais, à son tour, a joint à la réplique un recueil de textes où sont reproduits, sans commentaires, des extraits d'ouvrages scientifiques de penseurs hautement qualifiés, englobant des professeurs portugais nés à Goa et des professeurs d'université d'autres nationalités, sans excepter la nationalité indienne.

Mais lorsqu'il a présenté soit l'annexe 1 aux observations sur les exceptions préliminaires, soit cette annexe n° 195 à la réplique, le Gouvernement portugais a pris soin de spécifier qu'il le faisait hors du domaine du litige, seulement pour que son silence ne pût être interprété comme un acquiescement ou une impossibilité de riposter, et afin de permettre que l'on se fasse une idée claire aussi de ce problème, bien qu'il soit étranger au litige et de ce fait non soumis à la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la Partie adverse se trouve en face d'une réalité juridique indiscutable et cette réalité est la suivante: une réalité qu'on peut très facilement définir et décrire, elle ressort pour ainsi dire de toutes les pièces du dossier et elle se compose de trois données qui s'enchaînent entre elles pour former un ensemble cohérent:

1) L'Union indienne prétend annexer tous nos territoires de l'Hindoustan, c'est-à-dire les districts portugais de Goa, de Diu et de Damão, ce dernier comprenant les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli.

2) L'Union indienne en 1954 a complètement interrompu nos communications avec les enclaves, et depuis lors, elle nous empêche obstinément d'y accéder.

3) Le second aspect est fonction du premier, il est vis-à-vis de lui dans un rapport de moyen à fin. Car l'isolement des enclaves a indubitablement obéi, en dernière analyse, à la volonté d'en assurer le transfert à la souveraineté indienne.

Que les gouvernants de l'Inde prétendent annexer les territoires portugais de la péninsule hindoustannique; que l'incorporation ou l'absorp-

tion de ces territoires fasse partie de leurs objectifs; que ce but fasse partie de leur programme — c'est ce qui ne peut souffrir le moindre doute. Leurs déclarations à cet égard sont si nombreuses et si limpides que le fait est absolument hors de toute possibilité de controverse. Quel but, notamment, auraient eu les démarches officielles du Gouvernement de New-Delhi auprès du Gouvernement de Lisbonne, en février 1950, en janvier 1953 et en mai 1953 sinon celui d'obtenir l'acquisition de nos territoires?

Le second fait — interruption totale des communications — est lui aussi hors de toute discussion.

Et le troisième fait ne peut plus souffrir de contestation. Et il ne peut le souffrir, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour l'excellente raison que l'Union indienne l'a avoué à plus d'une reprise.

Des témoignages de cette affirmation?

Il est bien facile d'en citer.

Ils s'épanouissent avant même que la rupture des communications ait dépassé le stade de projet, de moyen auquel recourir en cas d'échec définitif des tentatives faites pour obtenir nos territoires avec notre consentement.

Nous étions en 1952, le Gouvernement de l'Inde avait par conséquent déjà fait sans succès la première de ses tentatives. Nous manifestâmes le désir d'établir une liaison téléphonique entre Damão et Dadrá. Le Gouvernement de New Delhi s'abstint de nous donner satisfaction.

Pourquoi?

La réponse est contenue dans les documents indiens d'ordre interne reproduits à l'annexe indienne F n° 80.

Le Gouvernement de New-Delhi s'est abstenu de nous donner satisfaction parce que la liaison demandée aurait pu, le cas échéant, servir à des fins défensives.

C'est cela qui se trouve écrit dans les documents mentionnés.

C'est-à-dire qu'en 1952, déjà, de leur propre aveu, les gouvernants indiens obéissaient au dessein de nous gêner dans la défense des enclaves. Que marquait ce dessein sinon le désir d'affaiblir les enclaves pour réaliser plus facilement le plan d'annexion qui était le leur — par exemple par un processus indirect de l'ordre de celui qui commença à être appliqué en 1954?

Autre témoignage non moins éloquent: la note du ministère des Affaires étrangères de l'Inde du 3 mars 1955 (annexe n° 36 au mémoire).

Cette note, comme le montre sa date, est postérieure aux événements de juillet-août 1954 qui retirèrent les enclaves à notre autorité effective. Mais elle se rapporte à des faits qui seraient survenus en mai-juin 1954, c'est-à-dire antérieurs aux événements mentionnés.

Que dit cette note?

Que le Gouvernement portugais s'est bien rendu compte que le Gouvernement de l'Inde n'autoriserait pas le transit sur territoire indien des renforts de police qu'il désirait envoyer à Nagar-Aveli.

Nous avons bien là, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, un nouvel aveu du propos délibéré des gouvernants indiens d'affaiblir les enclaves par tous les moyens en leur pouvoir.

Je répète ma demande: quel pouvait être l'objet de cette attitude, sinon de préparer les conditions d'une réalisation facile d'un plan d'annexion sans notre consentement?

Mais il y a des témoignages où la liaison entre les mesures prises par l'Inde relativement au transit Damão-enclaves et le plan d'annexion indien apparaît encore plus clairement.

Ainsi, au début de janvier 1954, nous nous plaigâmes des restrictions croissantes imposées à ce transit.

Que nous répondit le Gouvernement de l'Inde?

Qu'il ne pouvait modifier les mesures en vigueur (note du 20 février 1954, annexe n° 163 à la réplique). Et pour justifier ce refus il invoquait le désir de réunion des territoires portugais à ceux de l'Inde et le refus de nos gouvernants de le satisfaire.

Était-il possible d'être plus explicite? Était-il possible d'avouer plus ouvertement qu'on restreignait le transit en fonction de desseins annexionnistes?

Que les mesures adoptées quant aux communications avec les enclaves représentaient un instrument au service de ces desseins?

Mais les aveux de la Partie adverse ne s'arrêtent pas là. On ne les découvre pas seulement en dehors de ce procès, dans les documents qui d'ailleurs y sont annexés. On les trouve également à l'intérieur du procès lui-même.

M. le professeur Maurice Bourquin rappelait à ce sujet comme bien caractéristique le paragraphe 417 de la duplique.

Là il est, en effet, avoué sans réticences que ce fut l'attitude du Gouvernement portugais relativement à ses territoires hindoustaniques, c'est-à-dire le fait qu'il se refusait à les abandonner, qui poussa le Gouvernement de l'Inde à s'en tenir strictement à ce qu'il appelle ses droits juridiques en matière de transit entre Damão et les enclaves.

[Audience publique du 29 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai défini hier la réalité juridique qui domine tout le procès, à savoir: rupture des communications entre Damão et les enclaves, employée comme moyen dont le but ultime est la réalisation du programme annexionniste indien. Cet objectif, s'intégrant juridiquement au fait, illicite, de la rupture des communications, qui viole notre droit de transit, est le motif décisif qui en éclaire la portée.

Je vais maintenant examiner aussi brièvement que possible les faits de la période post-britannique qui traduisent cette réalité. Ils ont été, de notre part, l'objet d'un long examen dans les premières plaidoiries.

Ce que nos éminents contradicteurs ont dit pour y répondre n'a pas supprimé l'évidence des faits, qui parlent par eux-mêmes, ni porté atteinte aux conclusions qui en découlent fatalement.

Je me limiterai, pour cette raison, à quelques observations concernant les points les plus importants.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, vers la fin de 1953, le transit entre Damão et les enclaves commença à être l'objet de restrictions successives, qui allèrent graduellement en s'intensifiant jusqu'à finir par la rupture totale des communications en juillet 1954.

Des mesures diverses furent mises en œuvre à cet effet.

Je ne vais pas maintenant les décrire en détail, parce que leur minutieuse description a déjà été faite en temps opportun.

Il me suffira de souligner que la Partie adverse ne nie ni ne pourrait nier la réalité de ces mesures. M. l'agent de l'Inde a reconnu, dans sa plaidoirie du 19 octobre, que :

« la réglementation indienne est sans aucun doute devenue plus sévère » (compte rendu, IV, p. 800).

De même, on ne peut mettre en doute que les mesures adoptées aient été appliquées de façon à asphyxier progressivement les communications.

Pour se faire une idée exacte de la situation, il suffit de rappeler sommairement le cadre des principales mesures mises en vigueur :

a) assujettissement des fonctionnaires portugais européens à la présentation de passeport et visa, contre l'usage traditionnellement observé, et mise à profit de ces formalités de façon à rendre fort difficile le déplacement desdits fonctionnaires ;

b) par la suite, assujettissement aux mêmes formalités, entraînant les mêmes difficultés, des autres fonctionnaires portugais ;

c) suppression de facilités douanières ;

d) restrictions imposées au transit des véhicules, qui fut paralysé le 13 juin 1954 ;

e) interdiction de transit de forces armées et d'armement, interdiction que le communiqué de presse du ministère des Affaires étrangères indien, du 22 juillet 1954, fait remonter à octobre 1953 et à laquelle se réfèrent également la note du même ministère du 3 février 1954 et la communication du consul indien du 17 juillet 1954.

Tels sont les faits dont les documents fournissent la preuve inéluctable.

Et quelle est la raison d'être de cette attitude de l'Union indienne ? Quel est le motif qui la pousse à rendre graduellement plus difficiles les communications entre Damão et les enclaves ?

La Partie adverse prétend que l'explication de ce fait — qu'elle ne nie pas en lui-même, son exposé ne différant que par quelques détails de la description que nous en avons faite —, cette explication résiderait dans le désir d'user de représailles contre de prétendues mesures discriminatoires que nous aurions adoptées à l'égard des Indiens et contre certaines attitudes qu'auraient eues nos fonctionnaires.

Cette explication ne résiste pas à la plus légère critique.

Nous estimons avoir pleinement démontré que le Portugal n'a pas adopté la moindre mesure de discrimination à l'égard des Indiens.

Nos éminents contradicteurs se réfèrent, d'un côté, aux formalités applicables à l'entrée des étrangers, et de l'autre, aux formalités applicables aux activités — ou à certaines activités — exercées à l'intérieur de nos territoires.

Les premières de ces formalités — celles qui concernent l'entrée des étrangers — sont extrêmement simples, plus simples qu'il n'est d'usage, et ne sont aucunement discriminatoires à l'égard des Indiens. S'il existait une discrimination, elle était en leur faveur et non dirigée contre eux.

Les secondes desdites formalités, concernant certaines activités à l'intérieur de nos territoires, n'étaient pas non plus discriminatoires, étant donné qu'elles s'appliquent dans tous les territoires portugais d'outre-mer, et même aux citoyens portugais.

En outre, l'entrée en vigueur de toutes ces formalités remonte à une époque si antérieure à l'application des mesures restrictives du transit entre Damão et les enclaves que l'on ne saurait considérer ces mesures comme des actes de rétorsion.

Quant à l'assertion suivant laquelle certaines attitudes des fonctionnaires portugais seraient également à l'origine des restrictions du transit, le nécessaire a déjà été dit pour en démontrer le mal fondé. En effet, il s'agit ou de cas isolés et déjà anciens, ou de cas inexactement rapportés, comme celui, par exemple, de la conduite imputée au capitaine Romba, sur lesquels on ne peut étayer l'argumentation que nos contradicteurs s'efforcent vainement de faire prévaloir. A ce point de vue nous demandons, notamment, la bienveillante attention de la Cour sur ce que nous avons écrit dans notre réplique, II, page 528, en note.

Mais il ne vaut pas la peine de nous laisser entraîner dans la discussion des détails que nos contradicteurs opposent à nos allégations. A tout cela nous avons répondu d'avance. Et il n'y a pas d'arguties de dialectique qui réussissent à supprimer la véritable explication, et celle-ci est le propos délibéré d'isoler les enclaves.

Nous pourrions rappeler ici de nouveau les témoignages de nos autorités concernant ce but. Mais cela n'est pas nécessaire. Et cela n'est pas nécessaire parce que nous avons les témoignages mêmes et aveux du Gouvernement et des autorités indiennes.

Hier, au début du présent exposé sur la période post-britannique, j'en ai rappelé quelques-uns qui sont particulièrement significatifs. Il ne faut pas, évidemment, les rappeler à nouveau. Ils nous suffisent. Ils sont décisifs.

Sera-t-il possible, par hasard, de douter, devant ces témoignages si clairs, si catégoriques, si formels, que l'Union indienne a mis graduellement obstacle au transit entre Damão et les enclaves et a fini par le supprimer, parce que nous ne lui avons pas cédé nos territoires? Et de douter que son but, dès le commencement de ces entraves, était de gêner la défense des territoires enclavés et de provoquer leur isolement pour qu'il soit plus facile de les soustraire à notre autorité?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous voici parvenus aux jours qui précéderent immédiatement l'attaque de Dadrá: les communications furent complètement coupées.

L'Union indienne nie le fait, mais son démenti ne tient pas debout en présence des documents figurant au dossier, comme on l'a fait remarquer en son temps.

Il existe pourtant une vérité que la Partie adverse ne conteste pas — elle ne le pourrait —, c'est que les communications furent complètement interrompues au moins à partir de l'attaque de Dadrá. Et cette situation s'est prolongée jusqu'à maintenant. Le fait mérite d'autant plus d'être mis en relief que, forcément, l'Union indienne, depuis la chute de Dadrá, était particulièrement avertie et qu'elle savait ce qui allait se passer à Nagar-Aveli, notamment parce que les envahisseurs le proclamèrent sans réticence, publiquement. Or, malgré cela, elle maintint la coupure totale de nos communications avec les enclaves.

L'Union indienne, en nous ligotant ainsi, laissa en pleine connaissance de cause se transformer en agression la menace qui pesait sur Nagar-Aveli.

Désirant rester dans la ligne que je me suis fixée, je ne voudrais pas entrer ici dans des détails. Mais j'avoue que je ne résiste pas à la tentation

d'apprécier certains points de la réponse de nos éminents contradicteurs sur cette question, tant ils valent comme paradigme de la fragilité de leur argumentation.

On sait que notre légation à New-Delhi, le coup de force contre Dadrá ayant été perpétré pendant la nuit du 21 au 22 juillet 1954, présenta au Gouvernement indien, en exécution des instructions de notre Gouvernement, dès le 24 juillet, une protestation formelle contre cet événement et réclama le passage d'autorités et de troupes pour rétablir l'ordre.

On sait aussi que, des rumeurs relatives à l'agression qui se préparait contre Nagar-Aveli étant entre-temps parvenues à notre Gouvernement, notre légation s'adressa de nouveau, le 26, au Gouvernement indien pour lui réclamer le passage de trois délégués sans armes chargés de prendre les mesures requises.

On sait encore qu'à ces deux réclamations — comme à la réclamation postérieure de passage de délégués étrangers — le Gouvernement de New-Delhi opposa un refus formel.

Comment nos antagonistes s'y prennent-ils pour essayer de détruire la portée de ces faits, d'ailleurs déjà reconnus par la Cour dans son arrêt du 26 novembre 1957 à propos de la troisième exception préliminaire?

Ils prétendent la détruire par les mots suivants, prononcés par M. l'agent de l'Inde dans sa plaidoirie du 20 octobre (compte rendu, IV, p. 825):

« ... le 24 juillet 1954, lorsque pour la première fois le Portugal a demandé l'autorisation de passage pour des forces armées de Damão à Dadrá afin de réprimer l'insurrection à Dadrá, il n'a pas demandé l'autorisation pour le passage de forces armées à Nagar-Aveli. Il n'a pas non plus demandé cette autorisation dans sa note du 26 juillet.

L'insurrection — continue M. l'agent de l'Inde — a eu lieu à Dadrá, comme la Cour le sait, le 21 juillet... »

Peu après il ajoute:

« Ce n'est pas le 21, le 22 ou le 23 juillet que le Portugal a demandé l'autorisation de passage pour des forces armées, *mais* pour la première fois le 24 juillet. »

Voilà les arguments de nos adversaires. Et c'est par des arguments de ce poids qu'ils essaient de ruiner des thèses basées sur les documents et les faits.

Car enfin il fallait bien que la nouvelle de l'agression perpétrée contre Dadrá parvint à nos autorités de Damão et de Goa, que celles-ci la transmissent au Gouvernement de Lisbonne, que celui-ci expédiât des instructions à sa légation à New-Delhi et que celle-ci, pour les exécuter, présentât au Gouvernement indien une note de protestation.

On est bien obligé de constater la célérité dont firent preuve nos autorités.

Et M. l'agent de l'Inde, voulant retirer sa force à notre protestation, argumente en prétendant que celle-ci n'aurait pas dû être présentée le 24, mais déjà le 21, alors qu'on sait que l'attaque n'eut lieu que pendant la nuit du 21 au 22!

Et M. l'agent de l'Inde se montre surpris du fait que le 26 nous nous soyons bornés à réclamer le passage pour Nagar-Aveli de délégués sans

armes. Il observe: « Les Portugais ne réclamèrent pas, à ce moment, le passage de troupes. »

Mais quel motif de surprise y a-t-il là?

Le Gouvernement du Portugal ne savait pas avec certitude ce qui se passait à Nagar-Aveli, étant donné le fait de la rupture totale des communications. Il voulait être renseigné et pour ce faire envoyer sur place des délégués. Ce fut ce qu'il demanda immédiatement.

Or même cette simple réclamation fut rejetée.

M. l'agent de l'Inde voudrait-il par hasard suggérer que le Gouvernement indien n'a pas satisfait à la demande du transit de trois délégués sans armes, mais qu'il aurait satisfait à une demande de transit de troupes?

Si telle n'est pas la portée de l'argument, quelle est-elle?

Lorsque les communications eurent été coupées avec les enclaves, celles-ci furent l'objet des agressions sanglantes qui les ont arrachées à l'autorité effective du Portugal.

Je ne vais pas retracer les circonstances de ces agressions. Elles ont déjà été décrites avec suffisamment de détails, en particulier aux paragraphes 281 et suivants de notre réplique.

De l'exposé qui y est fait et des documents sur lesquels il s'appuie, il résulte que l'enclave de Dadra, aussi bien que celle de Nagar-Aveli, furent envahies par des bandes armées venant du territoire indien qui, après une lutte qui fit des victimes des deux côtés, renversèrent par la force nos autorités.

Les allégations de la Partie adverse à ce sujet ne peuvent être acceptées, parce qu'elles ne se basent sur aucune preuve ou se basent sur des preuves dépourvues de la moindre valeur.

En particulier, entre tant d'autres inexactitudes, nous rejetons comme absolument inexact le fait — affirmé sans aucune preuve — que les autorités de Nagar-Aveli auraient reçu des instructions pour ne pas résister ou qu'elles auraient manqué à leur devoir. Comme il est expliqué au paragraphe 283 de la réplique, si ces autorités se retirèrent de Silvassa, c'est en raison de l'impossibilité d'y organiser une résistance efficace. C'est pour cela qu'elles formèrent une colonne qui prit le chemin de Racoli, poursuivant la lutte pendant plusieurs jours au cours de diverses rencontres.

Comment peut-on, du reste, se fier aux allégations adverses si elles varient constamment au gré des nécessités de l'argumentation?

Afin qu'on ne puisse pas supposer que nous exagérons la critique, nous allons prendre un exemple concret. Il va nous être fourni précisément par le cas des événements de Nagar-Aveli.

Consultons les pièces écrites déposées par l'Union indienne; consultons également les comptes rendus des plaidoiries de ses conseils.

Trouverons-nous dans ces diverses pièces, comme il serait naturel de l'espérer, une version unique de ce qui s'est passé à Nagar-Aveli, version qui, par sa fixité et sa cohérence, aurait, pour le moins, un atome de vraisemblance?

Non, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Nous ne trouvons pas moins de quatre versions contradictoires. Énumérons-les:

Première version. C'est la version du paragraphe 476 de la duplique. Il y est dit: le corps de la police portugaise eut à souffrir de l'hostilité de toute la population locale; celle-ci lui refusa le boire et le manger; épuisés de faim et de soif, les agents de police entrèrent en territoire indien.

Deuxième version. C'est celle de M. Setalvad dans son introduction du 9 octobre (compte rendu, IV, p. 623).

On affirme maintenant : le corps de police passa aux prétendus insurgés, se refusant à les combattre.

Notons tout de suite la contradiction existant entre les deux versions, contradiction qui, d'ailleurs, saute aux yeux.

D'après la duplique, la population locale aurait été unanimement hostile à la police et cette attitude aurait obligé la police à abandonner l'enclave et à se réfugier en territoire indien.

D'après l'introduction de M. Setalvad, cette même police, loin d'être en butte de la part de la population à la moindre manifestation hostile, serait passée du côté de la population, épousant ce qu'on appelle sa cause. La contradiction est évidente.

Mais ni les versions ni les contradictions ne s'arrêtent là.

Avant de continuer, notons que, toujours d'après la version avancée par M. Setalvad dans son introduction du 9 octobre, l'administrateur de Nagar-Aveli se serait enfui dans la jungle avant de finir par se réfugier en territoire indien. Il faut bien le remarquer.

Troisième version, aussi de M. Setalvad. Elle est exposée dans sa plaidoirie du 20 octobre relative à la période post-britannique (compte rendu, IV, p. 819).

Là, il est affirmé que l'administrateur de Nagar-Aveli entra en territoire indien suivi de 150 policiers et de différentes autres personnes.

La confrontation des deuxième et troisième versions entre elles (toutes deux, je le répète, exposées à cette barre par M. l'agent de l'Inde) nous amène à cette curieuse conclusion :

Les agents de police avaient abandonné l'administrateur et fait cause commune avec la population ; l'administrateur, lui, se serait enfoncé dans la jungle ; et voilà que plus tard, par une étonnante coïncidence, ils se seraient tous retrouvés à la frontière, au même point, le même jour, à la même heure pour se réfugier en territoire indien. Les policiers mêmes, quoique devenus insurgés, auraient aussi cherché ce refuge.

Quatrième version. Elle est contenue dans l'annexe indienne F n° 105. Elle diffère de toutes les précédentes, ce qui n'empêche ni le Gouvernement indien au paragraphe 476 de la duplique, ni son agent, dans sa plaidoirie du 20 octobre (compte rendu, IV, p. 820), de s'appuyer sur elle.

D'après cette quatrième version, le personnel de Nagar-Aveli ne serait pas entré en territoire indien pour y chercher refuge, mais, très différemment, par erreur, parce qu'il aurait supposé à tort que des négociations étaient entamées entre le Gouvernement portugais et le Gouvernement indien.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette quadruple version éclaire fort bien la question. Nous pourrions d'ailleurs y joindre une variante du professeur Waldock (compte rendu, IV, p. 838), selon laquelle toute la police se serait enfuie dans la jungle — fait qui n'apparaît mentionné dans aucune des quatre versions précédentes.

De semblables variations, de semblables contradictions donnent bien la mesure de la créance que méritent les allégations de nos éminents contradicteurs.

Si je ne craignais pas d'abuser de la bienveillante attention de la Cour, je pourrais multiplier, répéter, à propos de nombreux aspects, des analyses comme celle à laquelle je viens de procéder.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on sait que la Partie adverse soutient que les événements survenus à Dadrá et Nagar-Aveli au cours de l'été de 1954 revêtirent l'aspect d'une insurrection: d'une insurrection générale de la population des deux enclaves.

Partant de cette soi-disant base de fait, la Partie adverse prétend en tirer des conséquences juridiques déterminées, qui se traduiraient par la paralysation ou suspension de l'exercice de notre droit de passage.

A supposer que nous ayons le droit de passage — soutiennent nos contradicteurs —, celui-ci se trouverait paralysé à la suite de l'insurrection qui aurait eu lieu.

Je n'ai pas à m'occuper ici des aspects juridiques de la question. Il ne me revient pas d'examiner si dans le cas où il y aurait eu réellement une insurrection, elle aurait produit sur notre droit l'effet que prétend l'Union indienne. Cet aspect de la question a déjà été traité et il viendra encore à l'être dans la présente réplique par M. le professeur Bourquin.

Mais en guise de complément et pour renforcer ce qui a été exposé dans nos premières plaidoiries, je ferai ici un certain nombre d'observations sur les points de fait de la question pour répondre aux allégations de nos éminents antagonistes.

A qui incombe en cette matière la charge de la preuve?

Elle incombe indubitablement à l'Union indienne.

C'est l'Union indienne qui doit prouver l'existence de l'insurrection. Ce n'est pas le Portugal qui doit prouver qu'elle n'existe pas.

La charge qui retombe sur le demandeur est de prouver la réalité des faits que lui-même allègue comme étant les sources de son droit, elle n'est pas de prouver l'inexactitude des faits allégués par l'autre Partie en vue de démontrer la suspension de l'exercice de ce droit. La preuve des faits constitutifs incombe au demandeur, mais celle des faits suspensifs incombe au défendeur.

En d'autres termes, il nous revient de prouver les titres du droit de passage, mais il reviendra à nos adversaires de prouver la réalité de l'insurrection dont ils disent qu'elle a pour conséquence juridique la paralysation ou suspension du même droit.

Or l'Union indienne s'est-elle acquittée de cette charge probatoire? En aucune manière.

L'Union indienne n'arrive pas à prouver la prétendue insurrection et elle n'arrive pas à la prouver pour l'excellente raison qu'elle n'existe pas.

Tout d'abord, la circonstance suivante est symptomatique: dans la longue correspondance diplomatique échangée entre les deux Gouvernements pendant les années 1954 et 1955 au sujet des événements de Dadrá et Nagar-Aveli, correspondance qui est reproduite au dossier, le Gouvernement de l'Inde ne parla jamais d'insurrection.

Cette version n'a même pas été soutenue dans la première phase du procès par nos distingués contradicteurs.

Elle apparaît pour la première fois dans le contre-mémoire comme base de fait qu'il était nécessaire à nos antagonistes de trouver pour étayer, dans la plus grande partie de ses aspects, la thèse juridique de la paralysation ou suspension de l'exercice de notre droit.

En réalité, nous ne nous trouvons pas en présence d'une insurrection, mais purement et simplement d'une invasion.

Les événements furent déclenchés par une action venue de l'extérieur. Sur cela même nos adversaires sont d'accord.

Mais ils prétendent que cette action fut suivie d'une rébellion ou sédition de la population des enclaves. C'est cependant ce qui n'est prouvé en aucune manière.

Il faut remarquer, comme l'a déjà fait M. le professeur Bourquin dans sa plaidoirie du 2 octobre, qu'il est question d'une prétendue insurrection de la population de Dadrá et Nagar-Aveli.

La population des autres territoires portugais de la péninsule hindoustannique n'est pas en cause.

Le fait — qui est d'ailleurs l'évidence même — mérite d'être souligné parce que les allégations de nos antagonistes sont pleines de références à la politique que, d'après eux, le Portugal pratiquerait dans ses autres territoires et aux réactions que cette politique provoquerait dans leur population.

Ces références sont donc entièrement déplacées, car elles sortent manifestement de l'objet du litige.

La Partie adverse allègue-t-elle certains faits tendant à démontrer la réalité de la prétendue insurrection de la population locale des enclaves? Elle en allègue; aussi allons-nous les examiner et mettre en évidence que leur valeur probatoire est nulle.

Mais avant d'y procéder je désire souligner que ces faits ont été allégués pour la première fois au cours du présent débat oral. Jamais auparavant la Partie adverse n'y a fait la moindre allusion. Je juge superflu d'insister sur les conclusions qu'on peut en tirer.

M. l'agent de l'Inde consacra à cette matière la partie de sa plaidoirie du 19 octobre que nous trouvons reproduite aux pages 813-816 (IV) du compte rendu.

Or, que prouvent les documents qu'il y invoque? Ils prouvent l'existence d'une propagande subversive dans nos enclaves, propagande souterraine, alimentée de l'extérieur, et tendant à dresser la population contre la légitime souveraineté portugaise.

Mais ce que les documents ne prouvent en aucune façon, c'est que cette propagande ait engendré un état insurrectionnel, provoqué un mouvement séditieux.

La simple existence d'une propagande est sans valeur pour démontrer ce que l'on prétend prouver de l'autre côté de la barre.

La propagande n'est qu'un moyen, qu'un instrument. Ce qui importe, c'est le résultat de l'emploi de ce moyen.

Mais nos adversaires ont-ils réussi à démontrer que la propagande faite a eu pour effet de déchaîner le soulèvement des populations des enclaves au moment des attaques perpétrées contre celles-ci? Que la population s'est révoltée dès ce moment contre la souveraineté du Portugal? Car, ne l'oublions pas, c'est ce fait, c'est la réalité de ce soulèvement ou de cette rébellion, que la Partie adverse allègue et donc qu'elle doit prouver. Or, on cherche vainement cette preuve dans le dossier.

Passons en revue les faits allégués *ex adverso*.

D'après un document de la police de Nagar-Aveli, du 12 décembre 1947, une réunion politique était prévue dans un avenir très rapproché dans la maison d'un certain Vanmali Guela de Silvassa.

Que prouve ce document?

Il prouve une manifestation de cette activité souterraine dont je parlais il y a quelques instants.

Mais de constater l'organisation d'une réunion politique à Silvassa en 1947 à conclure à l'insurrection des habitants des enclaves en 1954, il y a un abîme. Et c'est cet abîme que nos contradicteurs n'ont pas hésité à franchir.

Remarquons en passant que le document cité signale d'entrée de jeu, comme un fait saillant, l'arrivée de deux individus venant de l'extérieur pour prendre part à la réunion.

Le second document allégué par M. l'agent de l'Inde est de la même nature. Il s'agit encore d'un document de police de Nagar-Aveli du 15 décembre 1947, où l'on rend compte de préparatifs faits pour une autre réunion politique, dans la résidence d'un certain Narana Gapatrau, à laquelle devaient prendre part certains éléments venant de l'extérieur. Nous pouvons adresser à ce document exactement les mêmes critiques qu'au précédent.

Et les mêmes commentaires conviennent aussi aux réunions qui auraient eu lieu dans la maison du nommé Carlos Cruz.

Un autre document invoqué est une circulaire de la police de Nova Goa adressée à celle de Silvassa le 11 février 1947. On y définit l'attitude à prendre en face de la propagande subversive faite par des groupes théâtraux. Mais, une fois encore, nous nous trouvons purement et simplement en face de manifestations de cette propagande et nullement en face de son prétendu résultat, à savoir : un soulèvement insurrectionnel de la population des enclaves en 1954.

M. Sefalvad mentionne ensuite trois circulaires de la police de Goa, respectivement de 1950, de 1949 et de 1952. Il s'agit de circulaires générales ne se rapportant pas particulièrement à Nagar-Aveli. De toute façon, ces circulaires, ainsi que les documents antérieurs, ne font que prouver la propagande faite par certains éléments extérieurs contre le Portugal. Elles prouvent notamment — voir circulaire de 1950 — qu'il y avait l'intention à ce moment d'envoyer de Bombay certains individus avec mission de braver les lois en essayant d'organiser sur divers points de notre territoire des assemblées, des réunions et des manifestations de nature subversive, et que c'était un fait acquis que le consulat général de l'Union indienne dans l'État portugais de l'Inde constituait un centre important de propagande anti-portugaise.

M. l'agent de l'Inde se réfère encore au fait qu'aux approches de l'invasion, on ait commencé l'instruction de quelques agents de police à Nagar-Aveli. Ces policiers — on doit le souligner — ne venaient pas de Damão, puisque nous savons que le transit de forces armées était depuis longtemps interdit. Leur recrutement se fit donc sur les lieux mêmes où, selon l'Union indienne, l'ensemble de la population serait hostile au Portugal.

M. l'agent de l'Inde dit que ce recrutement avait pour but de faire face à l'insurrection. Cette affirmation est purement conjecturale et n'a aucun appui dans les faits.

Ce recrutement était destiné, certes, à la défense des enclaves contre les menaces de l'extérieur qui planaient sur elles. Malheureusement, l'explosion des événements ne permit pas de donner à nos agents l'instruction minimum nécessaire pour en faire des éléments de défense utiles.

Et voici par terre la thèse de l'insurrection.

Les rares documents sur lesquels on prétendait la fonder, glanés à la dernière heure dans les annexes aux écritures, ne lui donnent pas

la moindre crédibilité, car ils ne contiennent nullement la preuve qu'on voudrait en extraire.

En liaison encore avec le sujet précédemment traité, le professeur Waldock, à l'audience du 20 octobre, s'est reporté à un rapport du gouverneur de Damão de 1931 qui, de son point de vue, viendrait à l'appui de la thèse de l'insurrection. Mais de ce document de 1931 il n'est possible, en aucune manière, de conclure que les événements de 1954 aient revêtu un caractère insurrectionnel. Ce document ne sert pas mieux la thèse indienne que ceux qui ont été examinés auparavant.

Le rapport constate la profonde agitation qui travaillait les territoires voisins. « Le monde indien tout entier est bouleversé — dit le rapport — et l'ancien équilibre social s'écroule ». Et, en contraste avec cette profonde agitation, il décrit la situation dans le district de Damão — y compris les enclaves — dans les termes suivants :

« Ce district enclavé dans la province de Guzerati assiste à cet énorme mouvement dans un calme presque absolu dû à la sympathie des populations pour le drapeau portugais. »

Le professeur Waldock prétend que cette phrase n'est rien d'autre qu'un tribut payé à l'amour-propre national.

Cette allégation est inacceptable. Elle est d'autant plus inacceptable qu'il est certain qu'on est en présence d'un rapport de service interne, destiné à informer le Gouvernement, et qui contient même des critiques — d'ailleurs excessives — au sujet de la situation existante.

Le calme des populations, leur sympathie pour le drapeau portugais, que le gouverneur ne manque pas de mettre en relief, sont suffisants par eux-mêmes pour ruiner complètement les conclusions que nos adversaires prétendent tirer de ce rapport.

Les autres passages lus par le professeur Waldock à l'appui de ces conclusions ne sont, une fois de plus, que la preuve de manifestations de la propagande anti-portugaise, encouragée d'au-delà des frontières, mais ils ne prouvent en aucune façon que cette propagande ait eu pour résultat le déclenchement d'un mouvement insurrectionnel dans les enclaves en 1954.

Le professeur Waldock ne s'en est pas tenu là et a été jusqu'au point de citer un rapport de 1860!

Les passages extraits de cet autre rapport, comme ceux tirés du rapport de 1931, par notre distingué contradicteur, ont, du reste, dès qu'on les intègre dans le contexte, un sens très différent de celui qu'ils paraissent revêtir lorsqu'on les en isole. Par exemple, pour juger à leur juste valeur les affirmations contenues dans le rapport de 1860, il est nécessaire de tenir compte qu'il s'agit d'un rapport concernant des questions fiscales. Les fermiers des recettes publiques commettaient parfois des abus au détriment des paysans.

Or le rapport, à quoi tendait-il?

Justement à appeler l'attention des autorités supérieures sur ces maux. Il le fait d'ailleurs avec toute l'emphase littéraire de l'époque, à l'image de tant d'autres milliers de textes contemporains, en provenance des parties du monde les plus différentes, qui décrivaient, parfois en termes encore plus vifs, la situation de certaines classes.

Il faut remarquer qu'un peu plus de deux mois à peine après le rapport en question, et à la suite de celui-ci, le système financier de la *pargana* fut profondément modifié par un règlement du 26 juillet 1860. Ce

règlement, qui se trouve versé au dossier comme annexe audit rapport, mit fin, une fois pour toutes, au fermage des impôts et il contient d'importantes et énergiques dispositions en vue de protéger les travailleurs — comme, par exemple, celle de l'article 6, paragraphe 4. Ce qui dénote le souci de l'État portugais lorsqu'il constate des abus et des injustices.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nos adversaires parlent à tout moment de l'insurrection générale de la population des enclaves en 1954.

Le mot « insurrection » a été répété presque à chaque phrase dans leurs plaidoiries. Et dans leurs écritures, il en a été aussi de même presque à chaque ligne. Mais, ne l'oublions pas, à partir du contre-mémoire seulement car, avant le dépôt de notre requête et même après ce dépôt jusqu'au contre-mémoire, la thèse de l'insurrection n'a jamais été formulée par eux. Ainsi que je le faisais remarquer il y a quelques instants, c'est seulement dans une phase relativement avancée du procès que la thèse de l'insurrection leur vint à l'esprit, comme fondement de fait de certaines conclusions juridiques qu'ils désiraient produire.

Nos adversaires semblent vouloir donner une réalité à l'insurrection à force d'en parler. Mais il ne suffit pas d'affirmer, il est indispensable de prouver.

Est-ce que nos adversaires donnent réellement la preuve de l'insurrection? Est-ce qu'ils prouvent qu'il y eut, en 1954, un soulèvement de la population des enclaves contre l'autorité portugaise, soulèvement provoqué par le désir de collaborer au programme annexionniste de l'Union indienne?

Nous avons vu qu'ils ne le prouvent pas. Car, on l'a vu aussi, il ne suffit pas de prouver l'existence d'une propagande, originaire du territoire de l'Union indienne, et tendant à provoquer l'insurrection des populations, pour que l'insurrection puisse être donnée comme démontrée. Il ne suffit de prouver l'existence du moyen; il serait nécessaire de donner également la preuve que le résultat a été obtenu.

La propagande en question a aussi, et par-dessus tout, cherché à toucher les autres territoires portugais de la péninsule hindoustannique; et toutefois personne ne prétend soutenir l'existence d'un mouvement insurrectionnel dans ces autres territoires.

Mais, si au cours de l'été 1954 il y avait eu réellement, dans les enclaves, une insurrection qui aurait eu pour but de servir les desseins politiques de l'Union indienne, si les populations de Dadrá et de Nagar-Aveli s'étaient révoltées contre notre souveraineté, pour aider à la réalisation de ce que l'Union indienne appelle l'« unité historique et culturelle de l'Inde », c'est-à-dire à la réalisation de son programme annexionniste, si le fait était véritable, l'Union indienne, en tant que partie intéressée à l'événement, aurait eu bien sûr le plus grand intérêt à ce qu'il reçût la plus grande publicité.

Il lui aurait convenu, sans aucun doute, qu'il eût pu être largement et immédiatement constaté, de façon à infirmer notre version des événements contenue dans les notes de protestation que nous leur avons fait tenir sans délai.

Il lui aurait convenu de fournir la démonstration qu'il n'y avait pas seulement une agression venue du dehors, agression que l'Union indienne d'ailleurs elle-même avait rendue possible et facilitée. Il lui aurait convenu de mettre en pleine lumière qu'il s'agissait au contraire d'un mouvement d'adhésion de la population locale au programme politique

de l'Union indienne. Il lui aurait convenu que les autorités portugaises elles-mêmes eussent la possibilité d'y aller pour se rendre à l'évidence en face de la réalité. Il lui aurait convenu que des ressortissants de tierces Puissances eussent la possibilité d'y aller pour être en mesure de témoigner et de donner connaissance au monde de la véritable nature des événements.

Mais, s'il en est ainsi, pourquoi l'Union indienne a-t-elle mis tant de zèle à soustraire les événements aux yeux de ces témoins?

Pourquoi a-t-elle obstinément rejeté les demandes que nous lui avons adressées à plusieurs reprises dans ce sens, dès le premier moment où nous eûmes connaissance de ce qui s'était passé à Dadrá, lorsque n'avait même pas commencé l'action qui devait être entreprise contre Nagar-Aveli?

Pourquoi ne laissa-t-elle pas passer des délégués du gouverneur de Damão?

Pourquoi ne laissa-t-elle pas passer les étrangers que le Gouvernement portugais se proposa d'envoyer par la suite?

Pourquoi a-t-elle tout fait pour que ne se réalisât — comme en effet, en raison de son attitude, ce fut le cas — une observation impartiale proposée par le Gouvernement du Portugal?

Toutes ces questions restent sans réponse. Ou, plus exactement, on ne peut y faire que la réponse suivante: La thèse de l'insurrection est radicalement en contradiction avec la réalité; elle est avant tout nettement contredite par les attitudes et mesures mêmes prises par le Gouvernement de l'Inde à la suite des événements de 1954.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ayant terminé cette partie de ma plaidoirie, je vous remercie de la bienveillante attention avec laquelle vous l'avez écoutée. Suivant le plan établi, le moment est maintenant venu de parler des manquements de l'Inde et de l'effet des circonstances actuelles sur le droit de passage, questions qui vont être traitées par M. le professeur Maurice Bourquin.

Je vous prie donc, Monsieur le Président, de bien vouloir lui donner la parole.

21. RÉPLIQUE DE M. M. BOURQUIN (suite)

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 29 ET 30 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 29 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour. La question que je vais avoir l'honneur d'examiner maintenant est donc celle des manquements de l'Inde à ses obligations.

Un premier point doit être souligné — me semble-t-il —, c'est que les faits dont le Portugal se plaint se rattachent incontestablement à la politique générale de l'Inde.

Cette politique, la Cour le sait, a été exposée dans des notes diplomatiques qui ont été remises au Gouvernement de Lisbonne en 1950 et en 1953. Elle a été confirmée depuis lors à toute occasion, avec la même netteté et la même vigueur.

Il s'agit d'évincer le Portugal de ses territoires de l'Inde et d'incorporer ceux-ci à l'Union indienne.

L'Inde a essayé d'abord d'obtenir ce résultat par la persuasion. Son attitude, à l'égard du transit portugais entre Damão et les enclaves, n'a changé que le jour où elle s'est convaincue que ses démarches diplomatiques étaient vouées à l'insuccès.

Car l'Union indienne a commencé par se montrer d'une parfaite correction, en ce qui concerne les communications entre Damão et les enclaves.

Pendant les premières années de son indépendance, le Portugal n'a eu qu'à se féliciter des conditions dans lesquelles ces communications avaient lieu. L'Union indienne restait fidèle à la tradition de ses prédécesseurs. Elle faisait même preuve d'un libéralisme qui semblait de bonne augure.

Et puis voilà que, brusquement, le changement se fait sentir. On ne va pas arriver tout de suite à un isolement complet des enclaves. Non. Les communications vont rester possibles pendant un certain temps. Mais elles deviennent plus difficiles. Les entraves se multiplient. Les restrictions se développent.

A partir de quel moment ce revirement s'est-il produit? Il a pris cours dans les derniers mois de l'année 1953.

Et je fais tout de suite remarquer que, sur le fait même de ce changement et sur le moment où il s'opère, il n'y a pas de contestation. Le Gouvernement indien admet ce que je viens de rappeler. Et il serait difficile d'ailleurs de ne pas l'admettre parce que les faits sont là.

Mais le Gouvernement indien essaie d'expliquer l'événement autrement que nous le faisons.

Pour lui, le changement qui s'est produit dans les derniers mois de 1953, en ce qui concerne le transit entre Damão et les enclaves, ne serait pas la conséquence de l'échec que venaient de subir ses démarches en vue d'obtenir la cession des territoires portugais de l'Inde.

M. l'*Attorney-General* Setalvad s'est élevé contre notre interprétation à l'audience du 19 octobre (compte rendu, IV, pp. 802 et ss.). Et il a essayé d'expliquer ce changement par des fautes et des abus du Portugal.

Messieurs, c'était oublier que le Gouvernement de l'Inde lui-même a reconnu que sa nouvelle politique en matière de transit a été la conséquence du refus opposé par le Portugal à la demande de cession de ses territoires.

C'est dit expressément au paragraphe 417 de la duplique :

« Le Gouvernement de l'Inde a entretenu d'abord des relations amicales avec le Gouvernement portugais, espérant que le Portugal adopterait une attitude raisonnable au sujet de ses territoires indiens. Plus tard, quand les autorités portugaises ont adopté une attitude différente, le Gouvernement de l'Inde a été obligé de s'en tenir strictement à ses droits juridiques en matière de transit entre Damão et les enclaves. »

Ce passage de la duplique est doublement intéressant. Il est intéressant d'abord parce qu'il admet qu'un changement systématique s'est produit dans l'attitude de l'Inde à l'égard du transit entre Damão et les enclaves.

Et il est intéressant ensuite parce qu'il indique clairement le lien de cause à effet qui existe entre l'attitude prise par le Portugal en ce qui concerne la cession de ses territoires de l'Inde et l'attitude consécutive de l'Inde à l'égard du transit portugais.

Le paragraphe 417 de la duplique confirme donc pleinement ce que nous disons.

Mais, objecte-t-on de l'autre côté de la barre, comment expliquer que l'Inde aurait attendu les derniers mois de 1953 pour modifier son attitude à l'égard du transit portugais alors que le Portugal avait rejeté immédiatement sa première demande de cession territoriale, celle qui avait été présentée en 1950?

Comment expliquer qu'après ce refus le Gouvernement indien ait continué, pendant trois années encore, à se montrer libéral en matière de transit, s'il y avait effectivement un lien de cause à effet entre les deux phénomènes?

C'est M. l'*Attorney-General* qui a posé la question à l'audience du 19 octobre.

Il est d'autant plus facile de lui répondre que l'Inde elle-même a donné l'explication.

En 1950, l'Inde a demandé au Portugal d'abandonner tous ses territoires de l'Hindoustan en lui exposant les raisons qui, d'après elle, militaient en faveur de cet abandon.

C'était évidemment un énorme sacrifice que l'Inde sollicitait ainsi et, malgré l'euphorie de sa jeune indépendance, elle se rendait bien compte du caractère tout à fait anormal de sa demande. Aussi comprit-elle que, même si le Portugal devait finir par céder, il lui faudrait un certain temps pour se faire à une idée aussi grave.

Je n'imagine pas; je ne fais qu'exprimer ce que l'Inde elle-même a dit lors de sa seconde démarche, celle de 1953.

Note de la légation de l'Inde à Lisbonne du 14 janvier 1953 (mémoire, annexe 31).

Sous le chiffre 3 de cette note, voici ce qu'on lit :

« L'espoir a été entretenu jusqu'ici qu'avec le temps, une meilleure compréhension du problème pourrait incliner le Gouvernement portugais à aborder la question d'une manière plus réaliste. »

Ainsi, après le refus de 1950, on avait gardé l'espoir qu'avec le temps le Portugal changerait d'avis.

Seulement, en 1953, cet espoir n'était plus possible. L'attitude du Portugal n'avait pas changé. Elle restait toujours aussi ferme. On est donc arrivé à la conclusion qu'il n'y avait rien à faire par la voie de la négociation.

Et alors, le ton change brusquement. Je dirai : on claque les portes.

On ferme la légation de l'Inde à Lisbonne en disant que, dans ces conditions, elle ne sert plus à rien. Et au même moment, on s'engage, en matière de transit, dans une politique de restrictions et d'obstacles qui va rendre plus difficile l'administration des enclaves.

M. l'*Attorney-General* s'est demandé pourquoi l'Inde n'avait pas inauguré cette pratique dès 1950, après le premier refus. Mais pour la même raison qui a poussé le Gouvernement indien à retarder jusqu'en 1953 la fermeture de sa légation à Lisbonne.

Les deux réactions se sont produites au même moment ; elles n'ont eu lieu qu'en 1953, quand on a compris que la voie des négociations était sans issue pour le but que l'on voulait atteindre.

[Audience publique du 29 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le changement qui s'est produit à la fin de 1953 dans l'attitude de l'Inde à l'égard du transit portugais a certainement sa cause, je crois l'avoir démontré, dans l'échec des tentatives de négociations relatives à la cession des territoires portugais de l'Inde.

Je ne reviendrai pas sur les faits qui ont caractérisé ce changement pendant les quelques mois qui se sont écoulés avant l'occupation de Dadrá.

Je n'y reviendrai plus, si ce n'est pour rappeler à la Cour que, pendant cette première étape, le Gouvernement portugais a attiré d'une manière très pressante l'attention de la Partie adverse sur la lourde responsabilité qu'elle encourrait de ce chef si des circonstances exceptionnelles obligeaient le Portugal à prendre dans les enclaves des mesures rapides dépassant le rythme normal des nécessités administratives.

Il l'a fait notamment dans une note du 11 février 1954 qui est reproduite à l'annexe 40 de notre mémoire et à laquelle je me suis déjà référé. A mesure que l'on approche de l'occupation de Dadrá la situation se tend et le réseau des entraves se resserre. Parallèlement, les groupements anti-portugais se préparent à l'action. Ces groupements, où sont-ils installés ? Ils sont installés sur le territoire indien. C'est là que se trouvent leurs organisations. C'est de là que rayonne leur propagande. C'est là que se tiennent leurs réunions publiques.

Le Gouvernement de l'Inde n'a jamais caché la sympathie que lui inspirent ces groupements et les vœux qu'il forme pour le succès de leurs efforts. Le droit international n'y fait pas obstacle, dit-il. Sans doute, mais le droit international ne permet tout de même pas que la tolérance dont bénéficient, sur le sol indien, les éléments hostiles au Portugal, dépasse certaines limites.

Et la question se pose de savoir si l'Inde n'a pas dépassé ces limites, si, en présence du danger que l'activité de ces groupements faisait courir au Portugal, elle a fait preuve de ce qu'on est convenu d'appeler « la diligence due ».

Mais ici une observation me paraît devoir être faite. En examinant la question des manquements de l'Inde, le professeur Waldoek me semble avoir raisonné comme si le reproche du Portugal visait essentiellement — si pas exclusivement — l'aspect négatif de ces manquements.

Sans doute reprochons-nous à l'Inde de n'avoir rien fait pour écarter la menace qui était dirigée contre les territoires portugais. Mais nous lui reprochons aussi d'avoir, au contraire, aggravé les restrictions imposées au transit avec les enclaves.

Comme je le disais dans ma première plaidoirie, au lieu de protéger le Portugal contre ceux qui le menaçaient, c'est contre la victime de la menace que l'Inde a pris des mesures. Il y a là un ensemble d'éléments qu'il faut considérer sous son aspect positif aussi bien que sous son aspect négatif, et l'aspect positif est même sans doute le plus important.

Voyons maintenant ce qui s'est passé, dans la mesure où les pièces du dossier qui sont dignes de foi permettent de le savoir.

Dans la nuit du 21 au 22 juillet un groupe d'éléments anti-portugais venu de l'Inde pénètre dans la petite enclave de Dadra. Le Gouvernement indien prétend que ce groupe était composé en majeure partie de Goanais. En tout cas — et c'est là ce qui importe — ce groupe venait de l'Inde et c'est en territoire indien que l'entreprise a été organisée. Le Gouvernement de l'Inde insiste d'autre part sur le fait que ce groupe n'aurait pas été armé. C'est un point auquel il attache, semble-t-il, une grande importance, car il y est revenu dans toutes les pièces de la procédure écrite ainsi que dans les plaidoiries orales.

J'examinerai dans un instant ce qu'il faut en penser. Mais supposons un instant que cela soit exact, supposons un instant que ce groupe d'agents perturbateurs soit arrivé à Dadra sans avoir avec lui d'armes à feu. Cela changerait-il le but de l'opération?

Les partisans qui ont pénétré à Dadra à la faveur de la nuit poursuivaient un but qu'ils n'ont jamais caché et qu'ils avaient même proclamé à l'avance. Ce n'est pas en paisibles touristes qu'ils sont venus à Dadra, c'est pour y déclencher une action subversive, c'est pour renverser l'autorité légale.

Un État a-t-il le droit de tolérer que des entreprises de cette nature s'organisent sur son territoire? Tel n'est pas l'avis en tous les cas de la Commission du droit international des Nations Unies. Dans son *projet de déclaration sur les droits et les devoirs des États* de 1948, la Commission a proclamé (article 4) :

« Que tout État a le devoir de s'abstenir de fomenter la guerre civile sur le territoire d'un autre État et d'empêcher que des activités ne s'organisent sur son propre territoire en vue de la fomenter. »

La condition du port d'armes n'est aucunement prévue, il suffit qu'il s'agisse d'activités ayant pour objet de fomenter la guerre civile sur le territoire d'un autre État.

Et en 1951, dans son *projet de codes des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, la Commission du droit international a renforcé encore cette prescription en attachant un caractère criminel à sa violation.

Dans l'article 2 de ce projet qui énumère une série de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité figure, sous le chiffre 5 :

« Le fait, pour les autorités d'un État, d'entreprendre ou d'encourager des activités visant à fomenter la guerre civile dans un autre

État, ou le fait, pour les autorités d'un État, de tolérer des activités organisées visant à fomenter la guerre civile dans un autre État. »

J'ai déjà eu précédemment l'occasion de me référer à ce texte.

Les activités qui se déploient sur le territoire indien, ces activités qui avaient pour but d'agir en territoire portugais, possédaient-elles le caractère défini par la Commission du droit international? Il serait difficile de le nier puisqu'il s'agissait de provoquer en territoire portugais des mouvements insurrectionnels, des mouvements de sécession.

Même si le groupe qui a pénétré à Dadrá le 22 juillet n'avait pas été armé, comme on le prétend, eh bien, je crois que cela ne changerait rien au caractère fondamental de son entreprise et que cela laisserait subsister la responsabilité de l'Inde vis-à-vis du Portugal.

Voyons si la version des faits qui est présentée par nos honorables contradicteurs correspond à la réalité et s'ils en ont établi l'exactitude.

Sur quoi se basent-ils pour produire cette version? Ils se basent uniquement sur des récits de seconde main et sur des récits qui émanent soit des prétendus insurgés, soit de leurs partisans. Il n'y a pas une seule pièce dans leur dossier qui ait un autre caractère.

Voilà qui suffirait déjà, me semble-t-il, pour permettre de récuser la valeur de ces témoignages. La version qu'ils énoncent présente d'ailleurs, dès l'abord, un point faible. Car il y a eu des coups de feu et il y a même eu mort d'homme. Et ce n'est pas un assaillant qui a été tué, c'est le chef de la police portugaise.

Il fallait donc essayer d'expliquer cette anomalie. On l'a fait de différentes manières et notamment en prétendant que ce chef de la police aurait ouvert le feu contre les assaillants, mais que son arme se serait enrayée et qu'alors, profitant de cette mésaventure, les assaillants auraient riposté en s'emparant des armes de la police et en s'en servant contre elle.

Ce récit, nous le trouvons dans des déclarations écrites et orales que le Gouvernement indien a présentées au cours du procès. Je ne puis naturellement pas les passer toutes en revue. Je me contenterai de rappeler ce que M. l'*Attorney-General* Setalvad a dit à ce sujet à l'audience du 20 octobre (compte rendu, IV, pp. 817-818).

D'après lui, une manifestation de la population de Dadrá aurait eu lieu justement le 21 juillet devant le poste de police.

Je m'empresse de dire qu'aucun élément de preuve n'est produit à l'appui de cette affirmation. On voit aisément le rôle qu'elle joue dans la version indienne. Elle tend évidemment à faire croire que la population de Dadrá aurait spontanément manifesté *avant* l'entrée des agitateurs.

Mais cela ne repose sur rien. C'est une affirmation gratuite. Et d'ailleurs, M. l'*Attorney-General* a pris soin de s'exprimer à ce sujet avec beaucoup de prudence :

« D'après des nouvelles parvenues en Inde, *il semble* — a-t-il dit — qu'il y ait eu le 21 juillet une manifestation de la population du village de Dadrá devant le poste de police. »

Or le 21 juillet s'est passé sans que les agitateurs pénétrèrent à Dadrá. Ils ne l'ont fait que le lendemain, le 22 juillet.

Si on veut que la foule des manifestants se soit trouvée encore devant le poste de police au moment de leur entrée, il faudrait donc supposer que cette foule aurait passé la nuit à les attendre.

Je reprends ici le récit de M. l'*Attorney-General*. Voici textuellement ce qu'il a dit :

« Un groupe de Goanais sous la direction de Francis Mascarenhas et de Waman Desai, qui avait traversé la frontière à Dadrá, se joignit ensuite à cette manifestation. Une altercation eut lieu entre les manifestants et le chef de la police — un certain Rosario...

Rosario pénétra soudain dans le bâtiment de la police, en ressortit avec une mitrailleuse et se mit à tirer sur les manifestants.

Le fait d'avoir ouvert le feu a servi de provocation à une foule jusque-là pacifique. Une mêlée s'ensuivit, qui s'acheva par la mort de Rosario. »

Et M. l'*Attorney-General* conclut :

« Telle est l'histoire des événements du 21 juillet telle qu'elle ressort des divers récits que l'on peut se procurer — y compris ceux dont fait usage le Gouvernement portugais. »

Ici j'ouvre une courte parenthèse pour signaler que les documents versés au dossier par le Gouvernement portugais sont simplement des articles de la presse indienne. La dernière phrase de M. l'*Attorney-General* pourrait faire croire que le Portugal aurait produit des pièces auxquelles il ferait personnellement confiance. Il n'en est rien.

Le récit que je viens de rappeler s'inspire d'une version qui a été répandue par les prétendus insurgés et par leurs partisans. Cette version se présente d'ailleurs sous des formes diverses et souvent contradictoires, et ce serait un jeu d'enfant que de faire ressortir les contradictions qu'elle présente.

Mais les récits en question concordent sur deux points : c'est que les auteurs du coup de main contre Dadrá ne portaient pas d'armes, et c'est que la police portugaise aurait pris l'initiative des hostilités. Cela, c'est — si je puis dire — la version officielle des prétendus insurgés, endossée par le Gouvernement indien.

Malheureusement pour nos honorables contradicteurs, cette version est démentie par des témoins oculaires. Elle est démentie notamment par un témoin dont la Partie adverse fait, semble-t-il, grand état, car M. l'*Attorney-General* s'est référé à son opinion et le Gouvernement indien a inséré son récit dans les annexes à sa duplique. Il s'agit d'un certain Jayant Desai, dont le rapport est reproduit à l'annexe F n° 117, appendice XXI. Desai a participé à l'expédition de Dadrá et voici ce qu'il dit :

« ... la nuit du 22, nous réalisâmes l'indépendance de Dadrá *en ouvrant le feu* et en causant ainsi de la panique parmi les policiers portugais. Au cours de cette attaque ... l'officier portugais essaya de répondre, mais, heureusement, grâce à l'intervention de mon ami [il s'agit d'un certain Karmalkar], cet officier fut blessé et mourut par la suite. Dadrá devint ainsi indépendant. » (III, p. 852 de l'annexe F indienne.)

Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'incompatibilité qui existe entre ce récit des faits et la version répandue par la propagande des prétendus insurgés.

Desai contredit formellement cette dernière version. Il déclare nettement que ce sont bien les assaillants qui ont ouvert le feu. Il désigne

même nommément le personnage qui a tiré sur le chef de la police et qui l'a tué.

Il devient vraiment difficile, dans ces conditions, d'affirmer — comme on l'a fait avec une belle assurance de l'autre côté de la barre — que le groupe des agitateurs serait venu sans armes et que c'est la police portugaise qui aurait pris l'initiative d'employer des engins meurtriers. Le moins qu'on puisse dire, c'est que la version indienne perd ainsi tout crédit.

Au surplus, comme je le disais tout à l'heure, même si le groupe d'agitateurs n'avait pas été muni d'armes, cela ne changerait aucunement la nature de son entreprise et cela n'aurait aucunement pour effet d'absoudre l'Inde de sa responsabilité.

Le Gouvernement indien peut-il raisonnablement soutenir qu'il ignorait tout du danger qui menaçait le Portugal, qu'il a été complètement surpris par les événements et qu'on ne peut donc lui reprocher son attitude?

C'est en somme ce que le professeur Waldock a plaidé. Mais malgré le talent avec lequel il l'a fait, je doute qu'il ait convaincu la Cour.

Sa critique a porté principalement sur le texte du manifeste qui a été publié le 2 juillet 1954 — quelques semaines par conséquent avant l'action contre Dadrá — par les chefs du mouvement qui allait entreprendre cette action.

Le professeur Waldock a soutenu que ce manifeste, — répandu par la presse et remis spécialement à certaines personnalités indiennes dont le premier ministre, M. Nehru — qu'après tout ce manifeste n'était pas suffisamment explicite pour retenir l'attention des sphères officielles de l'Inde.

Je ne sais pas ce qui est nécessaire pour éveiller leur attention, mais il me semble que quand un groupement violemment hostile à un gouvernement étranger et qui déclare partout que son objectif est de chasser ce gouvernement étranger des territoires qui lui appartiennent, il me semble — dis-je — que quand les chefs de ce groupement annoncent qu'ils en ont assez d'attendre, que l'heure de la décision a sonné et qu'ils vont se libérer eux-mêmes de l'autorité portugaise, il me semble qu'il faut vraiment beaucoup de bonne volonté — ou plutôt de mauvaise volonté — pour ne pas comprendre.

Car enfin, comment pourraient-ils se libérer eux-mêmes de l'autorité portugaise si ce n'est par une action venue du dehors? Ce n'est pas par un mouvement interne qu'ils pourraient le faire, ce n'est pas sur un mouvement interne qu'ils comptent puisque ce mouvement interne, ils avaient essayé déjà vainement de le provoquer. Tous les moyens de la propagande subversive avaient été tentés sans succès — y compris dans les enclaves. Le rapport qui a été publié en octobre 1957 par l'administration des enclaves signale qu'on s'était livré depuis longtemps à une propagande souterraine active (annexe indienne E n° 64).

Cela n'avait donné aucun résultat sérieux. C'est donc à d'autres moyens qu'on allait recourir, c'est donc à d'autres moyens qu'il fallait s'adresser au moment où l'heure de la décision avait sonné.

Personne ne pouvait douter que les moyens qu'on allait employer, quels qu'ils fussent, viendraient du dehors, c'est-à-dire viendraient du territoire indien.

Sans doute, le manifeste du 2 juillet ne précise-t-il pas le plan qui sera exécuté, mais il était impossible, en lisant ce manifeste, de douter

qu'il s'agissait d'une action nouvelle, et que cette action nouvelle serait organisée et déclenchée sur le territoire de l'Inde.

Quand il vient à la connaissance d'un gouvernement qu'un complot est organisé sur son territoire contre un gouvernement étranger, faut-il que les révolutionnaires lui fassent connaître la manière dont ils vont agir pour que ce gouvernement soit obligé de prendre des mesures préventives?

Et si le complot éclate et réussit, suffira-t-il au gouvernement qui s'est croisé les bras de dire: « je n'avais pas été averti des précisions, je ne savais pas comment l'action allait être menée » pour se décharger de sa responsabilité?

Si, au lieu d'être dirigée contre le Portugal, la menace du manifeste avait visé le régime intérieur de l'Inde, il me sera permis de douter que le Gouvernement indien aurait fait preuve de la même incurie. Et je ne crois pas qu'il y ait au monde un seul gouvernement normalement organisé qui ne prendrait pas de précautions, en pareille hypothèse, contre la menace — même imprécise — venant ainsi à sa connaissance.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que le manifeste du 2 juillet — quelque important qu'il soit — n'est pas le seul élément dont il faille tenir compte.

On ne peut pas négliger le fait que la tension entre l'Inde et le Portugal s'était sensiblement accrue depuis la fermeture de la légation indienne à Lisbonne et que cette tension se faisait sentir dans les milieux anti-portugais de l'Inde. Il y a là toute une atmosphère dont il faut tenir compte sans aucun doute pour apprécier l'avertissement qui est contenu dans le manifeste du 2 juillet.

Mais, dit le professeur Waldock, que devons-nous faire? Prétendez-vous que l'Inde devait déployer ses forces militaires dans toutes les régions avoisinant les territoires portugais? Les enclaves n'étant pas spécialement désignées dans le manifeste, la surprise pouvait se produire ailleurs; elle pouvait se produire à Goa, à Damão, à Diu. Fallait-il monter la garde sur toutes ces frontières?

J'espère que mon distingué contradicteur ne nous a pas réellement prêté des prétentions aussi absurdes. Non. D'autres moyens, beaucoup plus simples, auraient pu être employés.

Il aurait suffi, par exemple, de soumettre à une surveillance discrète les milieux d'où provenait le manifeste du 2 juillet, et notamment les personnalités qui l'avaient signé. C'est ce que tout autre gouvernement aurait fait, et je présume que c'est ce que le Gouvernement indien lui-même n'aurait pas manqué de faire s'il s'était senti lui-même menacé.

Cette surveillance discrète aurait été amplement suffisante pour faire avorter l'entreprise — à supposer, bien entendu, que l'Inde ait eu le désir de la faire avorter.

Mais on ne fait rien. On fait semblant de ne pas avoir entendu, ou de ne pas avoir compris.

Quand je dis qu'on ne fait rien, c'est une façon de parler; car on fait quelque chose: on prend de nouvelles mesures pour restreindre encore le transit portugais entre Damão et les enclaves.

Les restrictions étaient déjà si gênantes que le 11 février — la Cour s'en souvient — le Portugal avait dû adresser un sérieux avertissement à l'Inde, en attirant son attention sur la grave responsabilité qu'elle pourrait encourir si des circonstances particulières exigeaient que des mesures rapides soient prises à Dadrá et à Nagar-Aveli.

Cet avertissement n'avait eu aucun effet. L'Inde n'avait aucunement desserré la vis. Et voilà, au contraire, qu'elle va la resserrer.

Le 17 juillet 1954, le consul général de l'Inde à Goa annonce une série de changements qui vont être apportés « aux concessions qui ont été consenties jusqu'à présent à l'administration portugaise de Damão et de Nagar-Aveli ».

Il s'agit donc de restrictions au transit entre Damão et les enclaves, et ces restrictions nouvelles seront appliquées immédiatement. La note du consul général le dit expressément : « *with immediate effect* ».

Or l'une de ces restrictions nouvelles, c'est la prohibition complète du transport des armes à feu, des munitions et du matériel militaire. Je crois superflu d'insister sur l'importance de cette prohibition nouvelle pour le maintien de l'ordre dans les enclaves.

Mais, dit le professeur Waldock, cette prohibition-là, contrairement aux autres, ne visait pas exclusivement le transit des enclaves. C'est ce qu'il a avancé à l'audience du 21 octobre (compte rendu, IV, p. 845).

Observons d'abord que, même s'il en était ainsi, même si la mesure ne visait pas spécialement les enclaves mais concernait tous les territoires portugais, cela n'enlèverait rien à son importance. Seulement je ne sais vraiment pas sur quoi le professeur Waldock a pu s'appuyer pour prétendre que les autres mesures énumérées dans la note indienne du 17 juillet étaient spéciales aux enclaves, tandis que celle-là ferait exception et aurait un caractère général. Le texte de la note indique au contraire, d'une façon formelle, que toutes les restrictions visent l'administration de Damão et de Nagar-Aveli, celles qui concernent les armes et les munitions comme les autres. Il y a huit restrictions nouvelles, la huitième est celle qui concerne les armes et les munitions, et la note déclare expressément que pour tous les cas il s'agit de modifications aux avantages qui ont été concédés jusque-là à l'administration portugaise de Damão et de Nagar-Aveli.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ainsi, entre le 2 juillet — date du manifeste — et le 22 juillet — date où les agitateurs pénètrent à Dadrá — le Gouvernement indien fait exactement l'inverse de ce qu'il aurait dû faire pour se conformer à ses obligations internationales.

Il ferme les yeux sur les agissements des auteurs du manifeste et il oppose de nouveaux obstacles au transit portugais.

Le 22 juillet, Dadrá est occupée. Dadrá est occupée, mais Nagar-Aveli ne l'est pas encore.

L'expédition contre Nagar-Aveli ne commencera que huit jours plus tard — le 29 juillet — et elle ne se terminera que la semaine suivante.

La Partie adverse ne conteste pas ce fait. Elle ne conteste pas non plus que le Gouvernement indien était averti de ce qui allait être entrepris contre Nagar-Aveli.

Pour Nagar-Aveli, on ne peut pas plaider l'ignorance.

Le professeur Waldock a clairement énoncé que ces deux points sont hors de contestation. Il l'a fait à l'audience du 21 octobre (compte rendu, IV, p. 847).

Mais, a-t-il dit, que pouvions-nous faire? Le Portugal prétend-il que l'Inde aurait dû interposer ses forces entre les autorités portugaises de Nagar-Aveli et les insurgés de Dadrá?

Le professeur Waldock reconnaît d'ailleurs que le Portugal n'a jamais émis pareille prétention. Non, nous n'avons jamais demandé — ni songé

à demander — la protection militaire de l'Inde contre la menace imminente qui se dessinait.

Le reproche que nous adressons à la Partie adverse est tout autre.

Nous lui reprochons d'abord d'avoir complètement isolé les enclaves — y compris Nagar-Aveli — alors que l'entreprise contre Nagar-Aveli n'avait même pas encore commencé.

Et nous lui reprochons ensuite d'avoir opposé un refus catégorique à toutes les demandes que le Portugal lui a adressées en vue de rompre — ne fût-ce que partiellement — cet isolement complet.

Nous sommes convaincus, pour notre part, que l'isolement complet se trouvait déjà réalisé le soir du 21 juillet quand l'expédition contre Dadrá a commencé.

Mais si l'Inde conteste qu'il en soit ainsi, ce qu'elle ne peut pas contester dans tous les cas, c'est qu'immédiatement après l'entrée des agitateurs à Dadrá l'isolement était devenu total, non seulement pour Dadrá mais aussi pour Nagar-Aveli.

Dès ce moment-là, les autorités portugaises n'ont plus eu aucune possibilité de communiquer avec Nagar-Aveli.

Le 24 juillet, le Gouvernement portugais, qui vient d'apprendre l'occupation de Dadrá, adresse une note de protestation à l'Inde et demande de pouvoir envoyer des renforts de Damão pour rétablir l'ordre troublé.

Le 26 juillet, nouvelle note du Gouvernement portugais. Des rumeurs circulaient qui pouvaient faire croire que l'invasion de Nagar-Aveli avait déjà commencé. En réalité, elle ne commencera que plus tard. Mais la note constate que les communications avec l'enclave ont été coupées et que le Portugal se trouve dans l'impossibilité de savoir ce qui se passe à Nagar-Aveli.

En conséquence, le Gouvernement portugais demande que des délégués du gouverneur de Damão puissent se rendre à Nagar-Aveli pour prendre contact avec la population portugaise, qui est isolée, en vue également de juger la situation et de prendre les mesures administratives qui s'imposent. (Annexe 51 du mémoire.)

Le 28 juillet, réponse écrite du Gouvernement de l'Inde aux deux demandes portugaises du 24 et du 26 juillet. Refus sur toute la ligne et sans aucune réserve.

Je crois qu'il est impossible de contester ce refus et je crois qu'il est aussi impossible de contester que l'isolement complet de Nagar-Aveli avait été réalisé avant que ne commence l'expédition dirigée contre cette enclave.

En agissant de la sorte, le Gouvernement indien s'est-il conformé aux obligations que le droit international lui imposait? Certainement non.

Même si l'Inde n'avait eu aucune obligation spéciale relative au transit entre Damão et les enclaves, même si l'Inde avait été simplement liée par les règles générales du droit international concernant la responsabilité des États, il paraît hors de doute que sa responsabilité serait engagée par l'attitude nettement partielle qu'elle a prise en faveur des adversaires du Portugal. Par le fait qu'elle ne s'est pas seulement abstenue de prendre des mesures préventives en vue de protéger les droits du Portugal contre l'entreprise qui le menaçait, mais qu'elle a considérablement aggravé cette défaillance en paralysant le Portugal, en imposant à son transit de nouvelles restrictions et en procédant à un isolement complet des enclaves, même de celle qui n'avait pas encore été occupée par les éléments révolutionnaires.

A supposer même qu'aucune obligation spéciale de transit ne pesât sur l'Inde, sa responsabilité, à mon avis, ne pourrait pas souffrir de doute.

A fortiori cette responsabilité était évidente quand on fait entrer en ligne de compte la situation dans laquelle l'Inde se trouve vis-à-vis du Portugal en ce qui concerne les communications de Damão avec les enclaves et les obligations particulières qui lui incombent de ce chef.

Il est vrai que, pour essayer d'écarter cette responsabilité, le professeur Waldock s'est fait le défenseur d'une théorie suivant laquelle les obligations normales des États dans la matière qui nous occupe s'évanouiraient quand l'action entreprise sur leur territoire est dirigée contre un gouvernement étranger dont la politique est contraire au respect des droits de l'homme. Et je n'ai pas besoin de dire qu'aux yeux de l'Inde, c'est le cas du Portugal.

Cette théorie a été énoncée à l'audience du 21 octobre (compte rendu, IV, p. 846).

Elle me paraît audacieuse. Et ses conséquences iraient loin, je le crains, dans un monde idéologiquement divisé comme le nôtre, où elle servirait très facilement d'excuse, non seulement pour justifier certaines entreprises subversives, mais encore pour absoudre les gouvernements qui en toléreraient la préparation sur leur territoire.

Je ne crois pas nécessaire d'insister davantage ni sur la faiblesse ni sur les dangers d'une telle conception.

Mais le fait, le seul fait que nos estimés contradicteurs aient éprouvé le besoin d'y recourir, permet de croire que leur confiance dans la correction juridique du comportement de l'Inde n'est peut-être pas à l'abri de certaines hésitations.

J'en arrive enfin aux effets des circonstances présentes sur l'exercice du droit de passage.

C'est une question à laquelle je me suis longtemps arrêté dans ma première plaidoirie, et comme il me semble que nos estimés contradicteurs n'ont pas ébranlé les arguments que j'ai eu l'honneur d'exposer, je crois superflu de reprendre d'une manière détaillée les objections qu'ils ont présentées à la barre.

Mieux vaut, me semble-t-il, concentrer ma réplique sur quelques points essentiels.

Pour le surplus, je prie respectueusement la Cour de bien vouloir se reporter à mon intervention des 2, 3 et 5 octobre que je confirme intégralement.

Parmi les points essentiels figurent en tout premier lieu la position et la portée de la question dont il s'agit.

Cette question, c'est l'Inde qui la soulève. L'Inde soutient en ordre principal que le droit de passage revendiqué par le Portugal n'existe pas. Mais elle soutient en ordre subsidiaire que si ce droit était reconnu par la Cour, les circonstances présentes feraient obstacle à son exercice.

Thèse subsidiaire par conséquent. Thèse qui suppose l'existence du droit de passage, et thèse pour laquelle l'Inde apparaît évidemment comme demandeur.

Si le Portugal est demandeur en ce qui concerne l'existence du droit de passage et en ce qui concerne les manquements de l'Inde aux obligations qui en découlent pour elle — en revanche, quand il s'agit d'opposer à l'exercice du droit de passage les obstacles — ou les prétendus obstacles — provenant des circonstances actuelles, les rôles sont mani-

festement renversés. Et c'est l'Inde cette fois qui prend, si je puis ainsi dire, l'offensive.

C'est sur elle par conséquent que repose le fardeau de la preuve — notamment quand il s'agit d'établir la réalité des faits qu'elle invoque à l'appui de ses prétentions. En énonçant cette vérité indiscutable je pense tout particulièrement au fait dont l'Inde se prévaut essentiellement — à celui qui domine, peut-on dire, son argumentation, à savoir l'existence d'une insurrection générale de la population des enclaves.

Voilà la position de la question. Quant à sa portée, il est également nécessaire d'être précis, d'autant plus nécessaire que l'on trouve dans certains traités employés par la Partie adverse des indications erronées ou qui pourraient conduire à une présentation tout à fait inexacte des choses.

C'est ainsi par exemple qu'on voit figurer dans les conclusions du Gouvernement indien la phrase suivante :

« Attendu au surplus que si même des obligations de passage avaient existé à charge de l'Inde dans le passé, elles devraient être considérées comme caduques en présence du changement survenu dans les circonstances essentielles notamment à raison de la formation à Silvassa d'une administration locale indépendante. »

Dire que le changement survenu dans les circonstances aurait rendu « caduques » les obligations de l'Inde, c'est dire, non pas que ces obligations seraient suspendues mais bien qu'elles seraient anéanties.

Si c'est cela que l'Inde affirme — et les termes qu'elle emploie paraissent imposer cette interprétation — la portée qu'elle donne à la question dont nous nous occupons en ce moment est tout à fait inadmissible. Elle fausse complètement le problème et elle rend indispensable une mise au point.

Le droit de passage est lié à l'existence de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Il est le corollaire logiquement indispensable de cette souveraineté. Il subsiste donc nécessairement aussi longtemps que subsiste la souveraineté elle-même.

Si cette souveraineté venait à disparaître pour une raison ou pour une autre, le droit de passage disparaîtrait du même coup. Il deviendrait caduc, de même que deviendraient caduques les obligations de l'Inde qui s'y rattachent. Mais aussi longtemps que la souveraineté du Portugal n'est pas éliminée, le droit de passage et les obligations corrélatives de l'Inde restent évidemment en vigueur.

L'exercice de ce droit et de ces obligations peut être momentanément affecté par certaines circonstances. Il peut être suspendu provisoirement. Mais cette suspension provisoire est tout à fait étrangère à la caducité du droit et des obligations.

Prétendre que les obligations de l'Inde seraient devenues caduques en raison des circonstances actuelles, c'est donc soutenir que la souveraineté du Portugal aurait pris fin, c'est soutenir que les enclaves ne relèveraient plus juridiquement de la souveraineté portugaise.

Et à cet égard je suis obligé de faire une remarque : c'est que la Partie adverse n'a jamais soutenu cette thèse franchement, catégoriquement, mais qu'elle l'a, si je puis dire, insinuée à certaines reprises.

Elle l'a insinuée dans un des derniers paragraphes de sa duplique (le paragraphe 612) — que j'ai cité dans ma première plaidoirie et où il est dit que l'insurrection a pris fin et que par conséquent les États tiers

ont le droit de reconnaître la nouvelle administration non seulement *de facto* mais aussi *de jure* comme le gouvernement d'un Saint-Marin embryonnaire.

Jusqu'à là le Gouvernement de l'Inde avait fait entendre un autre son de cloche.

Il avait commencé par dire dans ses exceptions préliminaires qu'il n'avait aucune relation avec l'administration de fait des enclaves, puis il avait déclaré dans son contre-mémoire qu'il avait reconnu cette administration mais en précisant les limites de cette reconnaissance.

L'Inde avait souligné au paragraphe 353 du contre-mémoire que la reconnaissance accordée aux autorités des enclaves :

« n'est pas la reconnaissance en tant que gouvernement d'un État, c'est seulement une reconnaissance limitée de ces autorités en tant qu'administration *de facto* et provisoire ayant l'autorité effective sur le territoire de Dadrá et de Nagar-Aveli ».

Ces précisions indiquaient clairement qu'aucun changement de souveraineté ne s'était produit dans les enclaves, que l'Inde ne mettait pas en discussion le droit de souveraineté du Portugal et qu'à ses yeux l'administration des enclaves n'était qu'une administration de fait provisoire.

Mais voilà que dans la duplique — dans un des derniers alinéas de la duplique — on prétend que la reconnaissance de l'administration des enclaves pourrait avoir le caractère d'une reconnaissance définitive, d'une reconnaissance *de jure* comme gouvernement d'un nouvel État. Pourquoi? Parce que l'insurrection aurait définitivement triomphé et que le Portugal aurait cessé dans ces conditions d'être le souverain légal des enclaves.

Voilà la première apparition de la thèse nouvelle, une apparition discrète comme on le voit.

J'aurais préféré, je l'avoue, une apparition plus franche et plus brutale.

Si l'Inde a vraiment l'intention de soutenir que la souveraineté du Portugal n'existe plus, qu'elle a été abolie par les événements, pourquoi ne le dit-elle pas carrément — alors qu'il s'agit, ne l'oublions pas, d'un fait capital.

Les hésitations, les atermoiements, les formules enveloppées peuvent se concevoir au besoin quand il s'agit d'opinions secondaires, mais quand il s'agit de la base même d'une situation litigieuse on les comprend plus difficilement.

Il faut savoir exactement quelle est la position de l'Inde sur ce point.

Est-ce qu'elle plaide l'anéantissement de la souveraineté portugaise ou est-ce qu'elle admet que cette souveraineté subsiste?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si je me permets de poser la question avec tant d'insistance, c'est qu'elle est capitale et qu'il est impossible de rester dans l'équivoque à son sujet.

Pour le cas où l'Inde soutiendrait que le Portugal a perdu son droit de souveraineté dans les enclaves, la réponse que nous lui ferions a déjà été énoncée. J'ai eu l'honneur de l'exposer à l'audience du samedi 3 octobre, compte rendu, IV, pages 563 à 568; j'ai indiqué les raisons qui rendent cette thèse inadmissible.

Les rappeler encore serait superflu. Aucune d'elles, à ma connaissance, n'a été renversée ou même affaiblie.

Je prie donc respectueusement la Cour de bien vouloir se reporter à cette partie de ma première plaidoirie.

La souveraineté des enclaves appartient toujours au Portugal. Il est impossible donc de prétendre que le droit de passage qui est la conséquence logique et nécessaire de cette souveraineté serait caduc.

La seule éventualité à examiner est celle où en raison des circonstances présentes l'exercice de ce droit pourrait être suspendu momentanément.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, avec votre permission, je m'arrêterai maintenant à l'affirmation qui domine presque toute l'argumentation de la Partie adverse: celle d'une insurrection générale de la population des enclaves.

M. le doyen Telles a déjà soumis ce matin à la Cour quelques observations à ce sujet. Je demande la permission de revenir sur la question et d'énoncer à mon tour certaines remarques susceptibles de contribuer, me semble-t-il, à faire la lumière sur ce point important.

Avant tout il me paraît nécessaire de préciser ce qui devrait être établi. J'ai eu souvent l'impression que les conseils de l'Inde parlent de la prétendue insurrection des enclaves sans avoir pris cette précaution.

Tout ce qui leur paraît de nature à discréditer la politique portugaise est utilisé par eux comme un témoignage en faveur de leur thèse.

C'est ainsi par exemple qu'ils se sont longtemps étendus sur ce qu'ils appellent le mouvement goanais de libération.

Or — toutes réserves faites quant à la réalité et à la portée des faits qu'ils ont cités dans cet ordre d'idées — il y a lieu d'observer que ces faits sont étrangers aux enclaves. Il ne s'agit pas d'incidents qui seraient survenus à Dadrâ où à Nagar-Aveli, mais d'incidents qui auraient eu lieu dans d'autres parties des territoires portugais de l'Inde.

Le litige dont la Cour est saisie n'est relatif qu'à la population des enclaves. La Partie adverse soutient que le droit de passage du Portugal ne pourrait pas s'exercer dans les circonstances présentes parce que la population des enclaves serait en état d'insurrection. C'est donc l'insurrection de cette population qu'il faudrait prouver.

Ce qui a pu se passer ailleurs n'a aucune importance en soi. Les événements qui concerneraient par exemple la population de Goa, ou de Damao ou de Diu ne pourraient intéresser le litige que par les répercussions qu'ils auraient eues dans les enclaves. Seules ces répercussions seraient à retenir et il faudrait établir qu'elles équivalent réellement à une insurrection.

Si je prétends qu'une certaine région est en état d'insurrection, ce que je dois prouver, c'est qu'il existe effectivement une insurrection dans la région dont il s'agit. Le bon sens l'indique.

Cette localisation de la question à examiner a été constamment négligée dans les exposés de nos honorables contradicteurs.

Mais ce n'est pas la seule précision qu'ils aient perdue de vue. Ils ont également perdu de vue, me semble-t-il, la signification du phénomène dont ils affirment l'existence.

Leur thèse est qu'il y aurait eu dans les enclaves une insurrection générale.

Seulement, quand on examine les éléments de preuve dont ils font usage pour essayer de prouver la réalité de cette insurrection générale, on s'aperçoit qu'ils donnent à ce terme un sens tout à fait inadmissible.

Une insurrection n'est pas une simple rébellion, ni une simple émeute. C'est un mouvement de masse qui poursuit un but politique déterminé.

Ce but politique peut être de substituer un nouveau régime intérieur à celui qui existe — en d'autres termes de remplacer le gouvernement légal par un gouvernement issu de l'insurrection — sans apporter de changements à l'État lui-même.

Le but peut être de réaliser un changement plus grave en s'attaquant à la substance de l'État. Les insurgés se proposant alors de détacher de l'État une partie de son territoire, on se trouve en présence d'une sécession.

Et la sécession peut tendre soit à la création d'un nouvel État, soit à l'incorporation du territoire insurgé à un État préexistant. Mais dans tous les cas il n'y a pas d'insurrection si le mouvement de masse ne tend pas à la réalisation d'un de ces buts.

Il ne s'agit pas d'un simple changement de gouvernement dans l'espèce, il s'agit d'une mutilation du territoire portugais.

Il ne s'agit pas davantage de la création d'un nouvel État souverain qui serait en l'espèce composé des deux enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli, il s'agit de soustraire les enclaves au Portugal pour les incorporer à l'Union indienne.

La Partie adverse a vainement essayé de donner le change en invoquant l'image d'un nouveau Saint-Marin, et le professeur Waldock m'a reproché, amicalement d'ailleurs, d'avoir ironisé à ce sujet. Mon ironie s'est bornée à une constatation irréfutable: c'est que l'embryon de Saint-Marin dont il a été si souvent question du côté indien est simplement une invention des conseils de l'Inde.

Nous sommes dans un domaine où la recherche de la paternité n'est pas interdite. Or la paternité du nouveau Saint-Marin ne fait aucun doute, car la création de cet État en miniature ne correspond ni à la volonté des prétendus insurgés ni à la volonté de l'Inde elle-même. C'est donc certainement dans le cerveau fertile d'un des conseils de l'Inde que la conception a eu lieu.

Le but de la prétendue insurrection — nous n'avons pas de peine à le connaître. Il a été proclamé dès le début, et il l'a été sans interruption. J'en ai apporté, me semble-t-il, la preuve irréfutable à l'audience du 5 octobre, compte rendu, IV, pages 579 à 581. La Cour me permettra de rappeler simplement une chose, que ce but a encore été confirmé de la manière la plus explicite et la plus pressante le 8 novembre 1958 dans la lettre que le chef de la nouvelle administration a adressée au premier ministre de l'Inde, M. Nehru.

Nous savons aussi comment les prétendus insurgés interprètent et justifient la politique qui les dresse contre le Portugal.

Leur programme s'identifie à celui de l'Inde elle-même, il procède d'une large conception historique, il tend à réaliser l'unité politique de l'Inde dans ses limites géographiques — en vertu d'un processus irréversible — qui a été, il est vrai, interrompu par les accidents de l'histoire, mais qui n'en est pas moins conforme à la destinée de l'Inde.

Voilà le cadre dans lequel la prétendue insurrection aurait éclaté.

Les populations de Dadrá et de Nagar-Aveli se seraient dressées contre le Portugal pour assurer la réalisation de ce programme.

Je me suis permis de faire observer dans ma première plaidoirie que cette interprétation paraissait à première vue difficilement acceptable.

D'après M. l'Attorney-General Setalvad j'aurais « laissé entendre » — ce sont les termes dont il s'est servi à l'audience du 19 octobre, compte rendu, IV, page 816 —, j'aurais laissé entendre que la population de Dadrá et de Nagar-Aveli était arriérée.

Ce n'est pas moi qui ai formulé cette appréciation, c'est le Gouvernement de l'Inde qui a affirmé de la façon la plus nette qu'il en était ainsi. Il l'a fait au paragraphe 10 de son contre-mémoire et il l'a répété au paragraphe 19.

Pour ma part, je me suis borné à relever qu'il serait surprenant de voir une population de ce genre s'enflammer pour un idéal comme celui qui inspire le prétendu mouvement insurrectionnel.

Sur quoi le professeur Waldoek revient à la charge :

« Nous voyons », dit-il, « le professeur Bourquin ironiser sur le fait que des tribus arriérées et misérables comme celles des *Varlis*, des *Kolis* et des *Adivassis* auraient pu trouver un intérêt quelconque à participer à la grandeur historique de l'unification géo-politique de l'Inde. J'ai peine à croire, Monsieur le Président, que c'était la voix du professeur Bourquin que nous entendions là, tant il se montrait ignorant de l'immense ferment qui anime aujourd'hui les peuples de l'Afrique et de l'Asie. N'en est-il donc pas de misérables parmi les tribus d'Afrique qui récemment, avec tant d'insistance, réclament leur indépendance ? N'en est-il donc pas d'arriérées ? » (Compte rendu, IV, pp. 831-832.)

Si le professeur Waldoek avait lu attentivement ce que j'ai dit il se serait épargné l'erreur qu'il a commise.

Je n'ai jamais dit en effet — ce qui serait un non-sens — que des tribus arriérées ne peuvent pas se révolter et ne peuvent pas s'insurger contre les autorités qui les gouvernent. Ce qui me paraît en revanche difficilement concevable, c'est qu'elles participent consciemment à une œuvre comme celle que poursuivent les chefs qui voudraient les entraîner.

Que ces chefs réussissent à organiser des cortèges et des manifestations — cela n'a rien d'étonnant. Tout le monde sait comme il est facile de déclencher des gestes de ce genre.

Mais que ces tribus comprennent l'œuvre historique à laquelle on prétend les associer et qu'elles s'enflamment pour cette œuvre — j'avoue sans la moindre ironie que cela me paraît incroyable.

[Audience publique du 30 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai donc abordé hier la question de savoir s'il y a lieu d'admettre l'affirmation du Gouvernement de l'Inde d'après laquelle une insurrection générale de la population existerait à Dadra et à Nagar-Aveli.

Cette affirmation se heurte d'emblée à une difficulté logique que je crois avoir démontrée et qui tient à la fois au caractère de la population locale et au programme politique qui constituerait le ressort de son insurrection.

Sous le bénéfice de cette remarque préliminaire, demandons-nous quels éléments de preuve sont apportés par la Partie adverse à l'appui de son affirmation, car il est indiscutable que, sur ce point, le fardeau de la preuve incombe à l'Inde.

Le Gouvernement de l'Inde lui-même n'a eu aucune possibilité d'investigation directe, les enclaves étant pour lui des territoires étrangers qui échappaient à son contrôle.

C'est donc uniquement par ouï-dire qu'il peut se représenter les choses.

« Par oui-dire » : cela signifie par les récits, par les affirmations, par la propagande des soi-disant insurgés.

Personne ne prétendra que des éléments d'information de ce genre pourraient être retenus comme faisant foi en justice.

Nous savons d'ailleurs combien il serait téméraire de leur faire crédit.

Ce que j'ai dit hier au sujet de l'entrée des agitateurs à Dadrá et de la fusillade qui a marqué leur irruption dans l'enclave suffirait à mettre en garde contre l'authenticité de pareils récits.

Impossible, par conséquent, de fonder une conviction sur les éléments produits par l'Inde pour la période qui débute le 22 juillet 1954.

Et peut-être suffirait-il que nous fassions cette constatation.

Mais poussons plus loin l'investigation.

Avant le coup de main du 22 juillet, personne ne prétend que la population de Dadrá se serait trouvée en état d'insurrection.

Si insurrection il y a, ce ne serait en tout cas que postérieurement à l'entrée des agitateurs venus de l'Inde qu'elle se serait produite.

De même, il serait impossible de prétendre que l'insurrection de Nagar-Aveli aurait eu lieu avant l'occupation de l'enclave.

Seulement, si la version de l'Inde était exacte, si l'entrée dans les enclaves des éléments venus du dehors avait suffi pour déclencher l'insurrection, eh bien, il est certain que des signes précurseurs se seraient révélés avant cela.

Une insurrection générale de la population n'éclate pas sans avoir mûri. On n'imagine pas une population qui aurait été paisible jusque-là, qui n'aurait laissé voir aucun signe de fermentation, on n'imagine pas — dis-je — cette population paisible et inerte se transformant brusquement, comme par un coup de baguette magique, en une population insurgée, dressée collectivement contre l'autorité établie, pour conquérir ses droits à l'indépendance ou pour exiger sa réunion à un autre État.

Même dans ces tribus arriérées et misérables de l'Afrique auxquelles le professeur Waldock faisait allusion, une insurrection n'éclate pas comme un orage dans un ciel serein. Elle est toujours annoncée — et souvent de très longue date — par de multiples symptômes.

Demandons-nous donc quels sont les symptômes qui auraient annoncé à Dadrá et à Nagar-Aveli le mouvement de masse dont on fait état de l'autre côté de la barre.

Nos estimés contradicteurs se sont longuement étendus sur cet aspect de la question. Ils ont senti qu'il prenait une importance particulière en raison même de la faiblesse des seuls éléments de preuve qu'ils pouvaient fournir pour la période de l'insurrection proprement dite.

Nous avons entendu M. l'*Attorney-General*, ainsi que le professeur Waldock, parler abondamment de ce qu'on pourrait appeler les prodromes de l'insurrection.

Ils en ont beaucoup parlé, mais il me semble que leur tentative de démonstration a manqué complètement son but et qu'elle s'est même retournée contre la thèse qu'ils cherchaient à défendre.

J'ai déjà relevé, dans ma première plaidoirie, un fait qui, à lui seul, me paraît concluant.

En octobre 1957, un rapport de la nouvelle administration des enclaves a été publié, qui est reproduit à l'annexe E n° 64 de l'Inde.

Et le 8 novembre 1958, le chef de cette administration a envoyé un long rapport au premier ministre, M. Nehru. Ce rapport fait l'objet de l'annexe indienne F n° 117, appendice n° 1.

Or, il est frappant de constater que ces deux documents dont la tendance est évidemment de prouver l'existence d'une insurrection générale de la population des enclaves, il est frappant de constater — dis-je — que ces deux documents ne réussissent ni l'un, ni l'autre, à faire apparaître les signes précurseurs de cette prétendue insurrection.

On y parle d'une propagande souterraine à laquelle les enclaves ont été soumises de la part de ce qu'on dénomme le parti gonais — c'est-à-dire de la part de groupements extérieurs, résidant sur le territoire indien.

Mais quant aux résultats de cette propagande, quant aux effets qu'elle aurait produits sur la population des enclaves, on s'abstient de fournir aucune indication.

Et c'est pourtant la seule chose qui nous intéresse.

Ce silence est donc significatif car, si la masse de la population avait réagi, si elle avait accueilli cette propagande avec enthousiasme — disons même simplement avec sympathie —, on n'aurait pas manqué, cela va de soi, se mettre en lumière son attitude.

Le fait qu'on ne fournit aucune indication de ce genre démontre que la propagande des adversaires du Portugal n'a pas eu d'écho et que, dans tous les cas, l'ensemble de la population y est resté indifférent.

C'est ce que j'avais déjà exposé à la barre, avec plus de précisions, le 2 octobre. Je n'insiste pas davantage sur ce point.

Mais nos estimés contradicteurs ont puisé à une autre source. Les prétendus insurgés ont mis la main sur un nombre de circulaires et de notes confidentielles qui se trouvaient dans les archives de la police portugaise des enclaves.

Ces documents confidentiels ont été, bien entendu, examinés avec soin par les occupants et le Gouvernement de l'Inde n'a pas manqué, à son tour, de les examiner à la loupe. Il les a publiés dans son annexe F, dont ils forment plusieurs appendices.

M. l'*Attorney-General* Setalvad en a fait état à l'audience du 19 octobre (compte rendu, IV, pp. 814 et ss.).

Il a cru y trouver la justification de sa thèse. Mais pour ma part, la conclusion que j'en tire est directement opposée à la sienne. J'ai lu attentivement les documents auxquels il se réfère et je n'y ai vu aucun témoignage corroborant la version d'une insurrection générale de la population des enclaves.

Dans ces rapports et dans ces notes confidentiels de la police portugaise, celle-ci ne cherchait évidemment pas à embellir la situation, à dissimuler les dangers qui pouvaient y être décelés.

Son but était, au contraire, de signaler tout ce qui pouvait paraître inquiétant, de façon à prendre à temps les mesures de précaution nécessaires.

Or, que trouvons-nous dans ces documents confidentiels? On trouve l'annonce, de-ci de-là, qu'une réunion politique se tiendra probablement au domicile d'un habitant des enclaves et que des éléments, venus de l'extérieur, se rendront à cette réunion.

Quelle conclusion peut-on tirer de là? Tout au plus qu'il y avait dans les enclaves quelques personnes hostiles au Portugal et que ces personnes auraient été prêtes à faciliter la propagande à laquelle se livraient les groupements anti-portugais de l'Inde.

Encore une fois, que les groupements anti-portugais de l'Inde se soient livrés à une propagande dans les enclaves, cela n'est pas douteux;

mais ce qu'il faudrait démontrer, ce n'est pas cela, c'est que cette propagande aurait eu pour effet de gagner la masse, l'ensemble de la population.

On nous dit aussi — et M. l'*Attorney-General* a relevé le fait avec une certaine insistance — que des troupes itinérantes sont venues quelquefois dans les enclaves jouer des pièces qui contenaient des allusions révolutionnaires.

Et alors? Cela prouve-t-il qu'un mouvement insurrectionnel était en train de se former dans la masse de la population? Que les propagandistes aient recouru au théâtre comme moyen d'action, rien n'est plus naturel. Mais ce qui importerait, c'est que la population des enclaves, celle dont on nous dit qu'elle s'est soulevée comme un seul homme à l'arrivée des agents du dehors, c'est que cette population — dis-je — ait répondu à la propagande révolutionnaire; c'est qu'elle y ait fait écho.

Or, de cela, nous ne trouvons aucunement la preuve dans les rapports de la police portugaise. Et cependant, comme je le disais, ces rapports confidentiels n'avaient aucune raison de dissimuler le danger s'il existait, bien au contraire.

Je crois donc pouvoir dire non seulement que le Gouvernement de l'Inde n'apporte aucunement la preuve qu'il lui incomberait de fournir; mais que les éléments du dossier donnent, à tout lecteur non prévenu, la conviction qu'aucun signe précurseur d'une insurrection populaire n'existait dans les enclaves avant l'irruption des agitateurs venus du territoire indien.

L'affirmation sur laquelle la Partie adverse base son argumentation, l'affirmation qui constitue le postulat fondamental de son raisonnement, doit donc être écartée.

Elle ne peut, en tout cas, être retenue comme un fait établi sur lequel l'Inde aurait le droit de s'appuyer pour édifier sa thèse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir précisé la position et la portée de la question soulevée par le Gouvernement indien en ce qui concerne les effets des circonstances actuelles sur l'exercice du droit de passage, j'ai essayé de montrer que l'hypothèse de fait fondamentale sur laquelle repose en somme toute, ou presque toute l'argumentation de l'Inde, à savoir l'existence d'une insurrection générale de la population des enclaves, j'ai essayé de démontrer, dis-je, que cette hypothèse ne peut pas être retenue.

Je voudrais considérer maintenant une troisième question.

Il s'agit des rapports de l'Inde avec le gouvernement légal et avec les insurgés, ou les prétendus insurgés.

Pour les besoins du raisonnement, supposons qu'il y ait une insurrection.

L'Inde prétend qu'en pareil cas, le droit international lui commanderait une attitude de « complète réserve et de neutralité ». Ce sont les termes dont elle s'est servie et qui ont été rappelés à la barre par le professeur Waldock, une attitude de complète réserve et de neutralité entre le gouvernement légal et les insurgés.

J'ai déjà répondu à cette prétention à l'audience du 5 octobre (compte rendu, IV, pp. 573 à 584).

Tout en me référant à ce que j'ai eu l'honneur d'exposer ce jour-là, je voudrais y ajouter certaines précisions.

Le raisonnement de l'Inde en cette matière nous paraît vicié par l'oubli de certains facteurs essentiels.

En premier lieu, l'Inde néglige la responsabilité qui lui incombe dans la situation présente. Elle se prévaut de cette situation pour soutenir qu'elle n'aurait pas à exécuter son obligation de transit.

Mais il ne faut pas oublier que cette situation est due, en partie tout au moins, à l'attitude que l'Inde a prise elle-même. Je ne reviens plus sur les manquements que nous avons le droit de lui reprocher. Je crois les avoir suffisamment établis. Or, si ces manquements n'avaient pas eu lieu, le Portugal ne se trouverait pas aujourd'hui devant la situation de fait que l'Inde invoque pour être dispensée de son obligation de transit.

Un État qui est responsable — ne fût-ce que partiellement — d'une situation de fait peut-il s'abriter derrière cette situation pour échapper à ses obligations?

Il y a là un facteur qu'on ne peut évidemment pas négliger quand il s'agit d'apprécier les prétentions actuelles du Gouvernement indien.

Mais ce qui nous paraît être le fait essentiel, le fait qui rend tout à fait inadmissibles les prétentions de l'Inde, c'est que les droits et les devoirs qu'elle invoque, en cas d'insurrection, sont ceux des États tiers, alors que l'Inde ne peut en aucune façon être considérée comme un tiers dans la crise qui oppose le Gouvernement portugais et les prétendus insurgés des enclaves.

Je me suis déjà longuement appliqué à développer ce point. J'espérais que les explications que j'avais données seraient suffisantes pour dissiper l'équivoque créée par la Partie adverse. Malheureusement, elles ne semblent pas avoir eu ce résultat, et ce que le professeur Waldock a dit à l'audience du 21 octobre (compte rendu, IV, pp. 556-557) m'oblige à revenir sur la question.

Nos estimés contradicteurs feignent de croire que nous leur déniions la qualité de tiers en raison des sympathies qu'ils ont pour les prétendus insurgés.

Mais il ne s'agit aucunement de cela. Ce qui les empêche d'être considérés comme des tiers, c'est que la cause des prétendus insurgés se confond avec la leur; c'est qu'il s'agit d'une seule et même cause, d'un seul et même objectif.

Le Gouvernement de l'Inde s'est assigné pour but l'incorporation des territoires portugais à l'Union indienne. Les prétendus insurgés poursuivent exactement le même but. La seule différence, c'est une différence de méthode.

Le Gouvernement de l'Inde a essayé d'atteindre le but par voie de négociation, en obtenant le consentement du Portugal. Il n'a pas réussi.

Les prétendus insurgés cherchent à atteindre le même but, mais sans négociation, sans entente avec le Portugal et par des moyens de contrainte.

L'Inde ne veut pas recourir elle-même à ces moyens. Et nous avons encore entendu nos estimés contradicteurs le rappeler à la barre.

Mais les prétendus insurgés n'ont pas les mêmes scrupules.

Sur le terrain de la méthode, il n'y pas concordance. En revanche, la concordance est parfaite sur les fins à réaliser.

Dira-t-on que cette différence de méthode suffit pour que l'Inde puisse être considérée comme un tiers dans le conflit dont il s'agit?

La Partie adverse a si bien compris l'impossibilité d'émettre une pareille prétention que, pour essayer de justifier sa qualité de tiers, elle a imaginé une solution de la crise qui n'a jamais eu dans la réalité le moindre point d'appui.

Cette solution, c'est celle de la création d'un État indépendant de Dadrá et de Nagar-Aveli. C'est le nouveau Saint-Marin, dont je me suis, paraît-il, gaussé, aux dires du professeur Waldock.

Création purement imaginaire des conseils de l'Inde. Création qui n'a aucun rapport avec la volonté des prétendus insurgés et qui n'en a pas davantage avec la volonté de l'Inde.

Supposons d'ailleurs un instant que cet État minuscule soit créé. Qui pourrait — je le demande — fonder le moindre espoir sur son indépendance future?

Qui pourrait attacher la moindre valeur à cette apparence dérisoire?

À moins de vivre volontairement dans un monde d'illusions, personne ne doutera un instant du sort qui l'attendrait.

Et s'il en fallait une preuve, le premier ministre de l'Inde nous la fournirait.

J'attire respectueusement l'attention de la Cour sur ce que M. Nehru a dit au parlement de l'Inde, le 6 septembre 1955. Nous avons reproduit ses paroles en annexe à nos observations sur les exceptions préliminaires. Elles figurent à l'appendice 4 de l'annexe 1.

Il s'agit d'un discours dans lequel le premier ministre répondait aux impatients, à ceux qui trouvaient alors sa politique trop prudente.

Que leur dit-il?

Je cite:

« Nous avons à nous occuper de la situation qui existe aujourd'hui. Et dans cette situation, je veux rappeler une fois de plus quelle est notre attitude à l'égard de ces questions.

Nous ne disons pas que Goa ne sera pas incorporé à l'Inde. Je crois que c'est inévitable. Mais ce que nous disons, c'est que l'accent doit être mis sur le départ des Portugais, plutôt que sur le fait que Goa/doive être immédiatement intégré dans l'Inde. Cela sera la deuxième étape [*the second step*] dont la réalisation ne me paraît pas douteuse, parce que toutes les circonstances nous sont favorables. »

Je pense qu'il n'y a rien à ajouter à cette déclaration si claire et si franche. Il ne s'agit pas du tout de renoncer à l'intégration, à l'annexion des territoires portugais. Cette incorporation se fera. Mais il s'agit d'une question d'opportunité, il s'agit d'une question de tactique. Or, à cet égard, dit M. Nehru, la sagesse commande de mettre l'accent, pour le moment, sur le départ des Portugais, au lieu d'insister sur l'intégration. Et le premier ministre n'hésite pas à dire que l'intégration sera la seconde étape.

L'opération dont les enclaves ont été l'objet échouera ou elle conduira à leur incorporation au territoire de l'Inde. Que ce soit en une étape ou en deux, on y arrivera. C'est certain. Et les efforts des occupants, comme ceux du Gouvernement de l'Inde, ne tendent pas à un autre but.

Tous les chemins conduisent à Rome, pouvait-on dire au temps de l'empire romain.

La méthode des insurgés et celle du Gouvernement de la Nouvelle-Delhi sont des chemins différents. Mais ils se rencontrent à leur point d'arrivée. Ils mènent tous les deux à Rome. Et Rome, c'est ici l'incorporation à l'Union indienne de territoires relevant de la souveraineté portugaise.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je ne parlerai plus des droits de l'homme, je ne parlerai plus de la doctrine *rebus sic stantibus*; et je ne parlerai plus des conséquences que les intérêts de l'administration

locale *de facto* auraient, aux dires de nos adversaires, sur la juridiction de la Cour.

Après avoir relu attentivement les développements que le professeur Waldock a consacrés à ces différentes questions, il m'a paru qu'il était superflu de poursuivre le débat à leur sujet. Sans doute aurais-je de nombreuses observations à présenter s'il fallait relever tous les points où nous sommes en désaccord. Mais cela prendrait du temps et je ne crois pas qu'il y ait grande utilité à le faire. Il me semble en effet que notre argumentation n'a pas eu à pâtir de l'épreuve à laquelle elle a été soumise. Je me contenterai donc d'y renvoyer respectueusement la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde ce qui sera la dernière partie de mon exposé.

Au paragraphe 388 de sa réplique, le Portugal a déclaré que si le passage de forces armées portugaises par les quelques kilomètres de route qui conduisent de Damão aux enclaves apparaissait à un moment donné comme étant effectivement de nature à provoquer des actes de violence sur le territoire indien, il n'hésiterait pas à admettre que le passage en question puisse être momentanément suspendu pour cette raison.

Nous avons confirmé cette déclaration à la barre et elle figure dans nos conclusions.

Étant donné certaines observations qui ont été présentées à ce sujet par nos honorables contradicteurs, je crois utile de la commenter d'une manière plus détaillée que je ne l'ai fait précédemment.

La déclaration dont il s'agit se rapporte à l'une des thèses qui ont été soutenues par la Partie adverse au sujet des effets que les circonstances actuelles peuvent avoir sur l'exercice du droit de passage. Cette thèse est celle qui se fonde sur les exigences de l'ordre public indien.

Comme j'ai déjà eu l'occasion d'en faire la remarque, cette thèse est tout à fait indépendante de la prétention à l'existence d'une insurrection générale de la population des enclaves. Ce qu'elle prend en considération, c'est *uniquement* le danger que le passage ferait courir dans les circonstances présentes à l'ordre intérieur de l'Inde. C'est un danger dont la réalité doit être examinée en elle-même sans se préoccuper du point de savoir si les événements dont Dadrá et Nagar-Aveli sont le théâtre peuvent être ou non considérés comme constituant une insurrection générale de la population.

Nous sommes donc sur un terrain différent de celui où se situent d'autres thèses soutenues par la Partie adverse pour justifier la suspension du droit de passage.

Cela dit, revenons à la déclaration du Gouvernement portugais que je rappelais il y a un instant. Cette déclaration exprime très exactement la position du Gouvernement de Lisbonne en la matière. Et c'est cette position que je voudrais expliquer et justifier.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal et que l'Union indienne suppose admis par la Cour quand elle présente son argumentation sur les effets des circonstances actuelles — ce droit de passage, dis-je, est justifié par les nécessités inhérentes à l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves. Il en résulte que là où l'exercice de la souveraineté dans les enclaves comporte des mesures qui ne peuvent être prises que moyennant un transit à travers le territoire indien, ce transit doit être admis en principe.

Or, il est de toute évidence qu'il en est bien ainsi quand des troubles se produisent dans les enclaves. Que ces troubles prennent la forme

d'une rébellion, d'une émeute ou d'une insurrection, peu importe, l'État sur le territoire duquel elles ont lieu a évidemment le droit de prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin. C'est une des tâches essentielles de l'État que d'assurer le maintien de l'ordre dans les limites de son territoire et d'y rétablir cet ordre s'il vient à être troublé.

C'est le droit de l'État et c'est même son devoir, car la compétence que le droit international assigne à l'État dans les limites de son territoire comporte pour lui des obligations. C'est ce que M. Max Huber a si bien souligné dans sa sentence arbitrale relative à l'*Île de Palmas*.

Le territoire est une portion de l'espace à l'intérieur de laquelle l'État est chargé de remplir les fonctions étatiques.

Des troubles ayant éclaté dans les enclaves portugaises à la suite de la pénétration d'agitateurs venus du territoire indien, le droit et le devoir du Portugal étaient donc parfaitement tracés par les prescriptions de l'ordre juridique international. Le Portugal devait mettre fin à ces troubles. Il devait rétablir l'ordre dans sa sphère de souveraineté. Le Portugal ayant été empêché de le faire parce que l'Inde lui en a refusé le moyen, la situation de fait illégale s'est prolongée, elle dure toujours, mais cette prolongation ne lui a aucunement enlevé son caractère illégal. Nous sommes toujours en présence d'un groupe — peu importe la qualification qu'on lui donne — qui s'est emparé par la force de l'administration, qui a chassé les agents du gouvernement légal et qui, après avoir mis la main sur les leviers de commande de l'administration, continue à les manœuvrer. Protégés par l'opposition de l'Inde à l'action du gouvernement légal, ces usurpateurs ont pu s'installer dans la place et y demeurer. Leur situation n'en reste pas moins étrangère à l'ordre légal et le souverain légal n'en continue pas moins à avoir le droit et le devoir d'essayer d'y mettre fin.

Qu'il me soit permis de rappeler à ce propos l'attitude de la conférence de Genève de 1949 qui a révisé les conventions de la Croix-Rouge. Comme j'ai eu l'occasion de le souligner à l'audience du 3 octobre, IV, pages 554-555, la grande préoccupation de la conférence en adoptant une disposition relative aux conflits de caractère non international a été d'éviter — je cite textuellement le commentaire du comité international de la Croix-Rouge — a été d'éviter que « l'application, même restreinte, de la convention en cas de guerre civile » puisse « gêner le gouvernement légal dans sa répression légitime de la rébellion ». Cette préoccupation a été unanime. Elle a été partagée par les 77 États qui ont participé à la conférence.

Le droit du souverain de prendre les mesures nécessaires au rétablissement de l'ordre ne peut faire l'ombre d'un doute. Ce droit, le Portugal l'avait en 1954 quand la crise a éclaté et il n'a pas cessé de l'avoir depuis lors, car il est toujours le souverain légal des enclaves et l'ordre légal dans les enclaves est toujours violé.

Mais depuis 1954 l'Inde continue à s'opposer à l'exercice de ses droits et elle excipe des changements qui se sont produits dans les enclaves pour essayer de justifier son attitude. Il ne paraît pas douteux qu'en faisant ainsi obstacle à l'action du souverain légal l'Inde se met en opposition avec ses obligations.

Quand une insurrection éclate à l'intérieur d'un État, le conflit qui met aux prises le souverain légal et les insurgés est une affaire intérieure. Il se peut que ce conflit, par ses répercussions, porte atteinte aux droits d'autres États, et c'est ce qui explique que ces autres États peuvent être

justifiés alors à procéder à une certaine reconnaissance du parti insurgé — reconnaissance de belligérance, éventuellement, reconnaissance d'insurrection.

Mais si les États étrangers peuvent prendre pareille attitude en raison des répercussions que la crise peut avoir sur leurs intérêts, il y a une chose qui leur est certainement interdite: c'est de prendre position sur le fond du conflit, sur le fond du conflit qui oppose le gouvernement légal aux insurgés.

Le fond du conflit, c'est-à-dire le changement éventuel de souveraineté, ne les regarde pas, c'est une question purement intérieure sur laquelle il leur est interdit de prendre position. Ils ne pourront se prononcer sur ce point que quand le conflit sera liquidé par la victoire définitive d'un des adversaires.

Si le gouvernement légal réussit à mettre fin à l'insurrection tout rentrera dans l'ordre et aucun changement n'aura lieu dans l'attitude des États tiers. Si, au contraire, le parti insurgé l'emporte, s'il réussit à obtenir une victoire définitive, alors l'issue de la compétition entraînera un changement de l'ordre légal et les États tiers pourront reconnaître ce changement. Mais aussi longtemps que la compétition interne n'est pas arrivée à une solution définitive, les États étrangers n'ont pas le droit de s'en mêler. Leur devoir est de s'abstenir.

Le Gouvernement indien a invoqué le principe de la non-intervention. Le professeur Waldock tout particulièrement l'a invoqué pour justifier l'attitude de l'Inde, mais il me sera permis de dire qu'il a détourné complètement le principe de sa véritable signification. La non-intervention oblige les États tiers à ne pas se mêler de la compétition qui se déroule entre le gouvernement légal et les insurgés. Cette compétition doit suivre son cours normal, car c'est l'issue de la compétition qui décidera de la solution à donner à la question qui divise les deux partis.

La compétition entre le Gouvernement portugais et les prétendus insurgés de Dadrá et de Nagar-Aveli exigerait que les uns et les autres fussent libres de leurs mouvements, qu'ils eussent la possibilité de faire usage de leurs moyens.

Or, que voyons-nous depuis 1954? C'est que, par la volonté de l'Inde, un des adversaires est complètement paralysé, qu'il est ligoté, qu'il est privé de tout moyen d'action, tandis que l'autre a le champ libre pour déployer comme il le veut et sans crainte toutes les ressources dont dispose naturellement celui qui est sur place et qui y détient l'autorité de fait. Cela, ce n'est pas un exemple de non-intervention, c'est l'exemple, me paraît-il, d'une intervention caractérisée et systématique.

En demandant que l'exercice du droit de passage soit suspendu en raison des circonstances actuelles, le Gouvernement de l'Inde demande simplement à être autorisé, en raison de ces circonstances, à persévérer dans l'attitude qu'il a prise depuis 1954, c'est-à-dire à prolonger son intervention.

Le Gouvernement portugais ne peut évidemment pas admettre cette prétention. Il fait toutefois une réserve: celle que je rappelais tout à l'heure.

Pourquoi la fait-il?

J'ai eu l'honneur de le dire dans ma première plaidoirie (audience du 22 septembre, compte rendu, IV, pp. 311-312).

Quand on considère les deux thèses qui s'opposent en ce qui concerne l'existence du droit de passage revendiqué par le Portugal, on constate

que ces deux thèses se fondent, l'une et l'autre, sur la notion de la souveraineté territoriale.

Le Portugal s'appuie sur sa souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli pour revendiquer ce qui est nécessaire à l'exercice de cette souveraineté.

L'Inde de son côté invoque sa souveraineté territoriale pour prétendre qu'elle disposerait d'un pouvoir discrétionnaire et pour prétendre qu'aucune obligation de passage ne la lierait.

La souveraineté territoriale se trouve ainsi au cœur des deux thèses qui s'affrontent.

Mais il est évident qu'aucune mesure commune n'existe entre les conséquences qu'on en tire de part et d'autre.

Le droit de passage revendiqué par le Portugal n'a aucunement pour effet de dépouiller l'Union indienne de sa souveraineté. Il l'oblige simplement à ne pas user de cette souveraineté dans des conditions qui rendraient impossible l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves.

En revanche, le pouvoir discrétionnaire que l'Inde voudrait se voir reconnaître comme conséquence de sa souveraineté territoriale aurait pour effet de livrer au bon plaisir de l'Inde la souveraineté du Portugal dans les enclaves.

Il n'y a aucune comparaison possible entre les sacrifices que ces deux prétentions imposeraient à l'autre État intéressé. Et c'est pourquoi la prétention de l'Inde est inadmissible aux yeux du droit international.

Que l'exercice du droit de passage, tel que le Portugal le revendique, ne compromette pas la souveraineté de l'Inde, c'est l'évidence même, et une expérience de plus d'un siècle et demi le prouve d'ailleurs abondamment. Elle prouve que le souverain du territoire indien, qui garde entièrement le contrôle du transit portugais, qui peut le réglementer, le soumettre à des exigences administratives et même le restreindre à la seule condition de ne pas rendre impossible la souveraineté portugaise dans les enclaves — l'expérience prouve que ce souverain est normalement à l'abri de tout danger pour son ordre public.

Telle est la règle. Il peut advenir cependant que dans des circonstances exceptionnelles les besoins de la souveraineté portugaise entrent en conflit avec ceux de la sécurité intérieure de l'Inde. Il peut se faire dans des circonstances exceptionnelles que pour répondre aux besoins du Portugal il faille envisager certaines formes de transit qui constitueraient un danger pour le territoire indien.

Et le Gouvernement portugais admet qu'en pareil cas une suspension temporaire et limitée de son transit se justifie.

Il admet que si un véritable conflit, une véritable incompatibilité, existe entre l'exercice complet et normal de son droit de passage et le maintien de l'ordre public indien, ce conflit soit résolu par une suspension momentanée du transit sous la forme et dans la mesure où il ne pourrait avoir lieu sans léser la sécurité intérieure de l'Inde.

Mais ici plusieurs observations s'imposent :

La première, c'est qu'il n'appartient pas à l'Inde de se prononcer discrétionnairement sur cette incompatibilité. L'Inde ne dispose pas en la matière d'une compétence discrétionnaire. Elle est liée par une obligation.

Si elle estime que telle forme de passage est incompatible avec les exigences de sa sécurité et de son ordre intérieur, c'est à la Cour qu'il appartient, en cas de contestation, d'apprécier les raisons invoquées par l'Inde.

La deuxième observation, c'est que la suspension du passage ne pourrait être admise que pour des raisons graves et pleinement justifiées.

Il ne faut pas oublier, en effet, que cette suspension entraînerait pour le Portugal un sacrifice énorme, le passage étant nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise.

Admettre la suspension du passage, fût-ce dans une mesure limitée, c'est condamner le Portugal à rester encore dans l'impossibilité d'exercer ses droits et de remplir ses devoirs comme souverain des enclaves; c'est prolonger une situation illégale dont il n'a que trop souffert et dont la prolongation peut avoir pour lui des conséquences redoutables.

Il ne s'agit donc pas, comme semble le suggérer la Partie adverse, d'admettre une suspension de l'exercice du droit de passage qui serait illimitée quant à son objet et quant à sa durée; ni une suspension qui ne serait pas justifiée par des raisons impérieuses.

Le Portugal ne pourrait admettre éventuellement qu'une suspension limitée à certaines formes, à certaines applications du droit de passage, dont il serait démontré qu'elles engendreraient dans les circonstances actuelles un péril grave pour la sécurité et l'ordre intérieur de l'Inde.

C'est pourquoi il ne peut envisager éventuellement cette suspension que pour le passage de forces armées. En ce qui concerne les fonctionnaires civils, nous ne voyons pas la justification qui pourrait être donnée pour la suspension de leur transit sur la base des principes que je viens d'énoncer.

Le Gouvernement indien a caractérisé de la manière suivante, au paragraphe 345 de son contre-mémoire, les dangers qu'il entrevoit :

« Il serait très probable que la population insurgée s'opposerait à l'entrée dans l'enclave des forces armées, de la police et des fonctionnaires envoyés pour les soumettre. Pour cette raison, il y aurait un risque grave d'hostilités et d'émeutes aux frontières des enclaves et même à l'intérieur de l'État accordant le passage. Ce risque serait d'autant plus grave dans le cas d'enclaves qui, comme Dadrá et Nagar-Aveli, n'ont ni postes frontières, ni barrières d'aucune sorte entre elles et les territoires avoisinants. »

Je ferai observer tout de suite que l'absence de barrières et de postes frontières n'est pas un argument pouvant être retenu, car il s'agit là d'un défaut auquel il serait facile de remédier.

Le Gouvernement de l'Inde semble oublier la gravité du sacrifice qu'il demande au Portugal. Il voudrait être à l'abri de toute mésaventure possible, sans rien faire, sans avoir à prendre lui-même aucune précaution.

C'est là une solution de facilité, qui ne nous paraît pas correspondre à une juste appréciation des devoirs réciproques des deux États. Si l'Inde demande au Portugal le très grave sacrifice que l'on sait, elle n'est certainement pas justifiée à le faire en invoquant qu'il n'existe pas de barrières sur son territoire à la frontière des enclaves.

Quant au passage des fonctionnaires civils, qui est également visé par l'Inde comme la source d'un péril suffisant pour justifier la suspension du transit, nous ne pouvons également que repousser cette prétention.

Quand il s'agit de forces armées, on comprend qu'un certain danger puisse éventuellement exister pour le territoire de l'Inde. Ce danger résulterait du fait que les forces en question pénétrant sur le territoire

des enclaves y soient refoulées sur le territoire de l'Inde; et que la perspective d'un combat sur le territoire de l'Inde soit de nature à être prise en considération. Mais les fonctionnaires civils ne sont évidemment pas dans la même situation.

Tout ce qui peut leur arriver, c'est que la porte des enclaves leur soit fermée, c'est que les prétendus insurgés refusent de les recevoir et qu'ils les refoulent en territoire indien; mais même s'ils sont refoulés en territoire indien, on ne voit pas qu'un danger sérieux pourrait en résulter pour la sécurité et l'ordre intérieur de l'Inde.

Il est vrai qu'à l'audience du 21 octobre (compte rendu, IV, pp. 848-849), le professeur Waldock a fait valoir un autre argument. Il a invoqué les sentiments hostiles de la population indienne. Parlant des demandes de transit qui ont été adressées en juillet 1954 par le Portugal, il a essayé de justifier le refus de l'Inde à ces demandes par le danger que le passage en question aurait fait naître en raison de l'irritation de la population indienne, et cela non seulement pour les forces armées, mais aussi pour les fonctionnaires civils et même pour les trois délégués que le gouverneur de Damão voulait envoyer à Nagar-Aveli.

Il nous est impossible de suivre notre estimé contradicteur sur ce terrain. Le danger qui pourrait éventuellement être invoqué pour justifier une suspension du droit de passage est d'une nature différente. S'il suffisait de faire valoir l'irritation de la population indienne, ses sentiments hostiles, pour justifier l'inexécution d'une obligation internationale, où irait-on? Rien ne serait plus facile pour un gouvernement que de se dérober à ses devoirs internationaux en s'appuyant sur des motifs de ce genre.

Au demeurant, si l'Inde croit réellement que le passage de fonctionnaires civils par la route terrestre peut être de nature à poser des difficultés de ce genre, rien n'est plus facile que d'y échapper. Car il n'y a pas que la route terrestre dont le professeur Waldock a parlé. Il y en a d'autres. Et à côté des routes terrestres, il y a la route de l'air. L'avion, à notre époque, est un moyen de transport fréquemment utilisé. Or, dans les airs les fonctionnaires civils portugais ne risquent pas de rencontrer la population indienne et de se heurter à ses sentiments hostiles.

Tout cela démontre à quel point le Gouvernement de l'Inde cherche à s'abriter derrière les prétextes les moins justifiés pour se dérober à son obligation. C'est d'un bout à l'autre un étalage de mauvaise volonté.

Au lieu de chercher à concilier les intérêts vitaux du Portugal avec les exigences de la sécurité indienne, on s'empare de tout ce qui peut apparaître comme un obstacle, comme une difficulté, même mineure, pour s'enfermer dans une négation inébranlable.

Ce que je viens de dire me permet de repousser également la prétention de la Partie adverse d'après laquelle le passage demandé par le Portugal aurait constitué une menace pour la sécurité de l'Inde depuis l'occupation de Dadrá et avant même que l'entreprise contre Nagar-Aveli fût commencée.

Cette thèse, qui a été soutenue par le professeur Waldock à l'audience du 21 octobre, ne résiste évidemment pas à l'examen, car elle repose tout entière sur une conception inadmissible des exigences de l'ordre public indien dans ses rapports avec la suspension de l'exercice du transit.

La lecture des conclusions de la Partie adverse nous a permis cependant d'y relever une affirmation qui, bien que très insuffisante, n'est cependant pas dénuée d'intérêt. Il y est déclaré:

« que la réglementation du passage des biens n'a subi aucune modification et que celui des personnes privées ne connaît d'autre entrave que celles qui y sont apportées par l'autorité portugaise de Damão ».

Cette phrase ne peut être interprétée autrement, nous semble-t-il, que comme signifiant que le transit des biens et des personnes privées entre les enclaves et Damão et *vice versa* est autorisé par l'Inde nonobstant les événements qui se sont produits dans les enclaves.

Cela ne correspond guère aux renseignements qui nous sont parvenus récemment. Néanmoins le Gouvernement portugais prend acte avec satisfaction de cette déclaration.

Pour le surplus, il me semble que les précisions que j'ai eu l'honneur de donner dans ma première plaidoirie et qui sont d'ailleurs reproduites dans nos conclusions n'ont pas besoin de nouveaux développements.

Comme je l'ai dit à l'audience du 6 octobre, le Gouvernement portugais juge insuffisante en fait l'argumentation présentée par l'Inde au sujet des menaces que le passage de forces armées ferait courir à sa sécurité et à son ordre intérieur.

Si la Cour estimait cependant que ce passage comporte en fait, dans les circonstances exceptionnelles du moment, un danger trop grave pour l'ordre public indien, la conséquence en serait que la suspension temporaire du passage de forces portugaises se trouverait justifiée, dans la mesure où ce passage constituerait effectivement un péril pour l'ordre intérieur de l'Inde. Il s'agirait bien entendu d'une mesure temporaire, qui devrait nécessairement prendre fin dès que sa justification cesserait d'exister.

D'autre part, il est non moins évident que l'Inde devrait s'abstenir rigoureusement, pendant cette suspension éventuelle, de toute mesure pouvant avoir pour effet de renforcer l'administration de fait des enclaves ou de prolonger son existence.

Je m'en réfère sur tous ces points à ce que j'ai eu l'honneur d'exposer à l'audience du 6 octobre (compte rendu, IV, pp. 599-600).

Telle est, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'attitude du Gouvernement portugais.

Elle n'est pas seulement conforme au droit international. Elle est, me semble-t-il, empreinte d'une grande modération et elle porte ainsi témoignage de l'esprit dans lequel le Portugal voudrait voir s'organiser les relations des deux pays.

Le Portugal n'a pas cessé de demander que ces relations se déroulent conformément aux règles du bon voisinage.

En toutes circonstances, il s'est déclaré prêt à négocier avec l'Inde, à la seule condition que la souveraineté des deux États soit respectée.

Il l'a fait en 1950, quand le Gouvernement de l'Inde a émis pour la première fois ses prétentions territoriales.

Il l'a fait en 1953, lorsque ce Gouvernement est revenu à la charge et a décidé de fermer sa légation à Lisbonne.

Il l'a fait encore en 1955, lorsqu'il fut invité lui-même à supprimer sa représentation diplomatique à la Nouvelle-Delhi.

A ce moment-là, Dadrá et Nagar-Aveli étaient déjà occupées; la responsabilité de l'Inde apparaissait clairement; le refus qu'elle opposait aux demandes de passage du Portugal constituait une menace extrêmement grave pour les droits fondamentaux de ce pays.

Malgré cela, le Gouvernement de Lisbonne ne s'est pas départi de la ligne de conduite qu'il s'était tracée.

Dans sa note du 6 août 1955, qui est reproduite à l'annexe 19 de nos observations sur les exceptions préliminaires, voici comment il s'est exprimé :

« Conscient d'avoir le bon droit de son côté, le Gouvernement portugais poursuivra imperturbablement son chemin, toujours désireux de réaliser une saine coopération internationale, s'abstenant de toute initiative qui pourrait accroître la tension injustement créée par l'Union indienne, mais défendant sans compromis ... l'intégrité de la nation.

.

Le Portugal a déclaré à maintes reprises qu'il est prêt à négocier et à rechercher par des moyens amicaux des solutions équitables pour toutes les questions raisonnables soulevées par l'Union indienne. »

Voilà ce qu'il disait en 1955.

Et il n'a pas perdu l'espoir que ses désirs deviennent un jour une réalité.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai terminé. Il me reste à exprimer ma gratitude pour la bienveillante attention que la Cour a accordée à mes longues plaidoiries.

Avec votre permission, Monsieur le Président, M. le doyen Telles prendra ma succession à la barre pour répondre aux arguments de la Partie adverse qui concernent la sixième exception.

22. RÉPLIQUE DE M. GALVÃO TELLES (suite)

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 30 ET 31 OCTOBRE 1959

[Audience publique du 30 octobre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Pour que les plaidoiries des avocats du Portugal soient terminées, il ne reste plus qu'à traiter d'une matière: la sixième exception de l'Inde. C'est d'elle que je vais m'occuper.

L'analyse à laquelle nous avons soumis, en plusieurs circonstances au cours de ce procès, ce moyen de défense de la Partie adverse, est suffisante, je pense, pour convaincre de son manque de valeur. Ceci me dispense de suivre, dans tous ses détails, la plaidoirie de M. le professeur Waldock. Je ne manquerai cependant pas d'en combattre les points qui me semblent fondamentaux, bien que ce ne soit pas une tâche facile de séparer dans son argumentation l'essentiel de l'accessoire.

Avant tout, il convient de faire remarquer que, puisqu'il s'agit d'une exception, d'une défense indirecte opposée par le défendeur, pour obtenir la déclaration d'incompétence de la Cour, c'est à lui, défendeur, c'est-à-dire en l'espèce à l'Inde, qu'il appartient de prouver le fondement de cette exception. A la Partie qui soulève une exception revient la charge de la preuve. C'est elle, évidemment, qui a intérêt à convaincre la Cour de la réalité des bases sur lesquelles l'exception s'appuie. Comme le disaient avec entière raison les Anciens: *excipiens fit actor*.

J'ai voulu, d'entrée de jeu, réaffirmer la saine doctrine, car nos antagonistes voudraient pour leur commodité se débarrasser du fardeau de la preuve, sans doute parce qu'ils ne se sentent pas capables d'en supporter le poids. Dans cet espoir, à l'audience du 16 octobre (compte rendu, IV, p. 771), le professeur Waldock a affirmé, sans aucun essai de justification, que la preuve sur ce chapitre incombe au Portugal.

Ainsi, d'après lui, c'est nous qui devrions démontrer le manque de fondement de l'objection opposée à notre requête. N'est-ce pas plutôt l'Inde qui doit démontrer son fondement, puisque c'est elle qui l'a soulevée, comme défense indirecte contre notre demande?

Je suis certain qu'aucun doute ne peut subsister à cet égard.

Mais surgit maintenant la question de savoir si le Gouvernement de l'Inde s'est vraiment déchargé de son *onus probandi*.

Nous devons répondre: non.

Le Gouvernement de l'Inde a échoué dans son effort de convaincre du bien-fondé des prétentions qu'il a énoncées à ce sujet. Il n'a pas établi que le différend échappe à la juridiction de la Cour, en vertu de la première partie de la réserve *ratione temporis*, ni qu'il y échappe en vertu de la deuxième partie.

La première prétention, nous le savons, la Partie adverse ne l'a pas formulée dans son écriture même, consacrée aux exceptions préliminaires, comme elle aurait dû le faire, mais seulement — pour la première fois — en plein milieu des plaidoiries de 1957, dans la réplique verbale

faite par M. Setalvad. Il s'agit donc d'une défense formulée hors du délai fixé par le Statut et le Règlement, et qui, de ce fait, ne peut être prise en considération.

Sur ce point, M. le professeur Waldock entend se réfugier dans une défense d'ordre purement formel ou procédurier (compte rendu, IV, p. 771).

Notre distingué contradicteur ne nie pas — car c'est l'évidence même — que la question de la prétendue antériorité du différend par rapport à 1930 n'a été soulevée qu'au cours des plaidoiries sur les exceptions préliminaires.

Mais il raisonne ainsi :

La Cour doit connaître de cette question *ex officio*, car l'Inde a soulevé une exception.

Le professeur Waldock ne voit pas que, en raisonnant ainsi, il reconnaît en fin de compte le bien-fondé de ma remarque. D'après son opinion, si la Cour se prononce sur la question de l'applicabilité de la première partie de la réserve indienne, elle le fera *ex officio*; ce qui signifie que l'exception soulevée ne comprend pas cette matière, comme elle le devrait, pour que celle-ci puisse être examinée. Le fait d'avoir présenté une exception n'est pas suffisant pour que la Cour doive connaître de matières que cette exception ne comprend pas.

Le professeur Waldock raisonne encore en se basant sur la chose jugée. Mais la vérité est qu'il n'y a pas chose jugée relativement à la question de savoir si la formulation additionnelle de l'objection tirée de la première partie de la réserve a été opportune ou non.

La Cour n'a pas examiné cette question; elle ne s'est pas prononcée sur le point de savoir si, d'après le Statut et le Règlement, cette objection devait être formulée dans les exceptions préliminaires ou si elle pourrait l'être plus tard, au cours des plaidoiries. La Cour n'a pas dit un mot de ce problème, n'a pris aucune décision à son sujet.

Ce que la Cour a décidé, c'est purement et simplement de joindre l'exception au fond. C'est sur ce point — et seulement sur lui — qu'il y a chose jugée.

Dans tout le reste — l'ampleur de l'exception, son fondement ou manque de fondement — la Cour conserve sa pleine liberté de décision.

Il ne serait pas raisonnable que la Cour vît sa liberté limitée relativement à une question qui se pose en face de son Statut et de son Règlement, avant que celle-ci ait fait l'objet d'un examen, d'une appréciation de sa part.

Il est certain que dans l'arrêt du 26 novembre 1957, on fait allusion à l'exception, telle qu'elle a été formulée par M. Setalvad à l'audience du 7 octobre. Mais cette référence a uniquement constitué un considérant, un motif de la décision, elle ne s'intègre pas dans la décision, et elle n'en fait pas partie. Car — je le répète — ce que la Cour a décidé, ce n'a été que de joindre l'exception au fond.

Et il est bien connu que les considérants ou motifs d'une décision ne sont pas compris dans l'autorité de la chose jugée.

Ils n'ont pas force de *res judicata*. Ils ne deviennent pas matière indiscutable, par rapport à laquelle la Cour perdrait, pour l'avenir, sa liberté d'appréciation.

Telle est l'opinion établie, qu'on peut trouver clairement définie, par exemple, dans l'avis consultatif sur le *Service postal polonais à Dantzig* (C. P. J. I., Série B, n° 11, pp. 29-30).

Dans le même sens se sont prononcés entre autres le professeur Guggenheim, *Traité*, tome II, p. 167, note 1, et Bos, *Les conditions du procès en droit international public*, Biblioteca Visseriana, tome XXXVI, pages 79-81.

En un mot: la Cour a seulement décidé que l'exception devait être jointe au fond. Cette décision a une portée négative, à savoir: ne pas apprécier l'exception dans la première phase du procès. Elle ne possède aucun contenu positif. L'appréciation a été ainsi différée jusqu'à la phase actuelle et c'est maintenant qu'elle doit être faite dans toute son ampleur et en toute liberté, en commençant par l'examen de la question de l'opportunité de l'objection relative à la première partie de la réserve indienne.

Et que cette objection, tirée de cette première partie, soit inopportune, nous l'avons démontré dans notre plaidoirie antérieure. Démonstration à laquelle le professeur Waldock n'a opposé aucun argument de fond, puisque, comme je l'ai observé il y a quelques instants, il s'est borné à une défense purement formelle ou procédurière.

Mais indépendamment et sans préjudice de ce que je viens de dire, la prétention indienne d'appliquer la première partie de la réserve, aussi bien que la deuxième, n'aurait en réalité jamais pu être acceptée. Je reviendrai plus loin sur ce point.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la facilité avec laquelle nos distingués contradicteurs changent d'opinion sur le contenu et la portée de la sixième exception est véritablement digne de remarque. La sixième exception n'a constitué pour eux qu'une enveloppe dont le contenu varie au gré des convenances de sa défense. C'est pourquoi, dans ma plaidoirie précédente, j'ai pu observer, non comme me le fait dire le professeur Waldock que l'exception n'avait plus aujourd'hui de contenu, mais bien que de la sixième exception primitive il ne restait plus qu'un numéro.

Nos antagonistes avaient reconnu d'abord que le différend était postérieur à 1930.

Ils étaient allés encore plus loin à propos d'une autre exception — la troisième — où ils avaient même avancé qu'il n'y avait pas eu de différend avant le dépôt de la requête. Ainsi l'affirmèrent dans leurs plaidoiries le professeur Guggenheim et M. Setalvad.

Le matin du 7 octobre 1957 M. Setalvad, à propos de la troisième exception, niait que le différend fût antérieur au 22 décembre 1955, date de l'introduction de l'instance. L'après-midi du même jour, le même orateur, à propos de la sixième exception, affirmait que le différend était antérieur au 5 février 1930, date limite de la juridiction de la Cour.

C'est ce qu'on peut facilement constater en confrontant dans la procédure orale relative aux exceptions préliminaires (IV) la page 215 avec la page 226. Dans la première, l'orateur déclare que la Cour se trouve en présence d'un différend dont l'existence n'était pas établie préalablement au dépôt de la requête. Dans la seconde, il se demande si le différend était né avant 1930 et il répond: « oui ».

Comment, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comment accorder quelque valeur à une argumentation qui se contredit elle-même d'une manière aussi radicale, qui nie le matin ce qu'elle affirme le soir?

Le professeur Waldock ne peut éviter de reconnaître l'existence d'une contradiction aussi évidente que l'est celle-ci (compte rendu, IV, p. 775). Mais il essaie — en vain — de l'atténuer. Il prétend qu'elle est plus

apparente que réelle. Et pour le démontrer il recourt à des formules vagues, à des expressions auxquelles il est véritablement ardu de découvrir un sens.

Le professeur Waldock affirme par exemple :

« la troisième exception portait sur la cristallisation du différend et non pas sur ses origines ou ses sources ».

Mais qu'est-ce que cela veut dire au juste? Déterminer la cristallisation du différend, cela ne signifie-t-il pas savoir quand celui-ci s'est cristallisé, c'est-à-dire quelle est son origine, à quelle date il est né?

Il ne faut cependant pas s'imaginer que la première partie de la sixième exception reçoive de nos contradicteurs seulement ces deux formulations. C'est ainsi que nous pouvons répertorier un minimum de trois modalités.

Première modalité : Le différend est postérieur au dépôt de la requête. Cette modalité fut celle présentée dans la *Preliminary Objection* et soutenue jusqu'à la fin des plaidoiries de 1957, mais, à partir de la réplique orale de nos adversaires, seulement en ce qui concerne la troisième exception.

Deuxième modalité : Le différend est antérieur au 5 février 1930. Ce fut la modalité formulée en 1957 dans la réplique orale, mais seulement en ce qui concerne la sixième exception.

En ce qui concerne la troisième, on a continué à soutenir, de l'autre côté de la barre, que le différend était postérieur à l'introduction de l'instance.

Troisième modalité : Le différend date de 1954, mais il est la répétition de différends anciens. C'est sur cette modalité que nos antagonistes s'appuient maintenant.

Dès cet instant on ne dit plus ni que le différend est né après l'introduction de l'instance en 1955, ni qu'il est né avant 1930. On reconnaît expressément qu'il est né en 1954 après l'interruption des communications et les événements de Dadra et de Nagar-Aveli, comme nous l'avions toujours affirmé. Nos contradicteurs en arrivent ainsi finalement à rejoindre notre opinion. Ils s'accordent donc avec nous sur ce point et c'est, évidemment, avec plaisir que je le constate, et je le souligne comme il se doit.

On ajoute simplement, de l'autre côté de la barre, que le différend actuel né en 1954 est la répétition ou la reproduction des différends anciens.

Que ceci exprime pour le moment la pensée de nos distingués contradicteurs, c'est ce qui ne semble pas faire de doute en face des termes employés par le professeur Waldock et reproduits aux pages 778-779 du compte rendu (IV).

Ce que j'ai antérieurement dit au sujet de l'irrecevabilité de la sixième exception, dans la mesure où elle se base sur la première partie de la réserve *ratione temporis* de la déclaration de l'Inde, empêche la recevabilité de l'objection tirée de cette première partie, même dans cette troisième formulation.

Suivant la définition très connue donnée par la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis* (C. P. J. I., Série A, n° 2, p. 11), « le différend est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes ».

Et de plus, suivant la jurisprudence constante de la Cour, il est nécessaire que cette contradiction ou opposition se manifeste, s'extériorise, devienne apparente ou évidente. C'est seulement alors que le différend naît.

Eh bien! quel est dans notre cas le différend sur lequel la Cour doit se prononcer?

Ce différend tourne non seulement autour de l'existence du droit de passage, il tourne aussi autour de sa violation.

Le Portugal soutient qu'il a ce droit et que l'Union indienne l'a violé et continue à le violer. L'Union indienne soutient le contraire.

En ceci consiste la querelle qui oppose les deux États.

Nos contradicteurs ne peuvent limiter arbitrairement le différend et dire qu'il ne traite que du droit de passage.

La détermination de l'objet du différend, d'après le Statut, appartient, non au défendeur, mais au demandeur. M. le professeur Waldock n'a pu éviter de le reconnaître (compte rendu, IV, p. 775).

Et le Gouvernement portugais définit le différend comme je l'ai exposé il y a quelques instants. Ceci ressort clairement des conclusions de la requête et du mémoire, ainsi que des conclusions que cette année j'ai eu l'honneur de déposer au Greffe.

Dans les plaidoiries de 1957 sur la sixième exception, nos adversaires, parce que cela s'accordait aux exigences de leur thèse, n'hésitèrent pas à mutiler l'objet du différend. Et là où nous demandions, d'un côté la reconnaissance du droit de passage, et d'un autre la constatation de sa violation, ils n'ont vu que le premier terme.

Texte en mains, nous avons dénoncé la mutilation qui était commise.

Nos adversaires en furent réduits alors à chercher une autre solution. Voici comment ils raisonnent maintenant :

« Nous sommes bien obligés de reconnaître qu'en réalité le Portugal ne demande pas seulement à la Cour la reconnaissance du droit de passage; il lui demande aussi de constater que ce droit a été violé. Mais », poursuivent nos distingués antagonistes, « nous tenons pour admis que ce second objet de la demande est accessoire, secondaire; et pour cette raison, négligeons-le tout à fait, n'en parlons plus. »

Comme on le voit, cette deuxième façon de voir conduit finalement aux mêmes résultats pratiques que la première. Et c'est cela que cherchent nos collègues de l'autre côté de la barre: se débarrasser de la demande concernant la violation du droit. Ils ne veulent considérer que la première demande, celle qui tend à la déclaration du droit, parce que cela, pensent-ils, facilitera leur liberté pour appliquer le critère sur lequel ils essaient de fonder la sixième exception.

Mais il n'est pas aussi facile que le pensent nos contradicteurs de se débarrasser de toute une demande formulée par l'État demandeur.

La demande relative à la violation du droit n'a nullement un caractère secondaire ou accessoire. C'est indiscutablement une demande principale. Elle joue un rôle de *primordiale importance* dans notre action.

Pour nous en convaincre, il suffira de mettre en évidence que ce fût la violation du droit qui nous détermina à nous adresser à la Cour.

Si le droit n'avait pas été violé en 1954 par l'Union indienne, si nous avions continué à pouvoir l'exercer comme nous l'avions fait jusqu'alors depuis l'époque mahratte, il est évident que nous n'aurions pas introduit notre requête.

Le professeur Waldock lui-même l'a reconnu quand il a affirmé à l'audience du 16 octobre 1959 (compte rendu, IV, p. 778) que:

« les événements de 1954 ... ont donné au Portugal l'occasion de saisir la Cour du litige ».

Or si c'est ces événements (c'est-à-dire la violation de notre droit) qui nous déterminèrent à saisir la Cour, comment prétendre que la demande relative à cette violation est purement secondaire ou accessoire?

Établissons un parallèle avec une situation de la vie juridique privée.

A est créancier de B, et B à l'échéance ne solde pas sa dette. A appelle B devant le tribunal et demande à celui-ci: 1) qu'il reconnaisse sa créance; 2) qu'il constate sa violation, c'est-à-dire le manque de paiement, en condamnant le débiteur à payer.

Qui par hasard viendrait prétendre que la constatation du manque de paiement soit secondaire, qu'elle joue dans l'action un rôle accessoire?

Or ce qui se passe dans la vie juridique privée se passe de façon similaire dans la vie juridique internationale. Quand un État demande à la Cour de constater l'existence d'un droit et de constater qu'un autre État l'a violé, en invitant celui-ci à mettre fin à cette violation, cette seconde constatation et l'injonction qui en découle sont indubitablement d'une importance primordiale.

Le professeur Waldock cite à ce propos un passage de la page 149 de l'arrêt du 26 novembre 1957 sur les exceptions préliminaires où l'on parle de la question du droit de passage comme du principal point de droit actuellement soumis à la Cour.

Et le professeur Waldock souligne l'adjectif « principal », mais on ne peut nullement voir dans cette affirmation, simplement incidente, la solution de la question de la prétendue nature accessoire de la demande sur la violation du droit; ni même un argument en faveur de cette thèse. Il faut rappeler ici les considérations précédemment émises sur la chose jugée, et en outre, il faut remarquer que l'arrêt, parlant de la question du droit de passage comme du principal point de droit actuellement soumis à la Cour, a certainement voulu viser par cette formule synthétique (droit de passage) la question de fond, par opposition aux exceptions — celles-ci, certes, de nature secondaire, du fait de leur caractère simplement procédurier.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, examinons maintenant et successivement le problème de l'application de la réserve *ratione temporis* de la déclaration indienne à la lumière de sa première et de sa deuxième partie.

Quant à la première partie, l'objection qui se fonde sur elle n'est pas recevable, pour les raisons que j'ai rappelées au début de mon exposé.

Mais supposons qu'il n'en soit pas ainsi. Supposons, à titre de simple hypothèse, qu'une telle objection soit recevable. Dans ce cas, elle devrait être rejetée.

Nous savons que nos contradicteurs ont donné à cette objection, fondée sur la première partie de la réserve, deux formulations.

Première formulation: le différend est antérieur à 1930.

Deuxième formulation: le différend date de 1954, mais il n'est que la reproduction ou la répétition de différends anciens.

La première formulation se trouve condamnée par nos adversaires eux-mêmes, qui l'ont répudiée par la voix du professeur Waldock, en faisant un repli sur la seconde formulation.

En réalité, le différend date de 1954, comme l'a reconnu le professeur Waldock. Il date de l'époque qui a suivi la rupture des communications et les graves événements de juillet et août de la même année. Parce que

c'est seulement à cette époque que s'éleva, entre les deux États, la controverse ou opposition de points de vue que le Portugal a soumise au jugement de la Cour.

La première formulation étant mise définitivement de côté, venons-en à considérer la seconde.

Celle-ci n'a pas plus de valeur que la première.

Il y a lieu de remarquer, avant tout, qu'en vertu de la déclaration de l'Inde, la Cour est compétente pour les différends « s'élevant après le 5 février 1930 ».

Le tout est donc de savoir si le différend s'est élevé avant ou après cette date.

Or, le professeur Waldock reconnaît que le différend soumis à la Cour a pris naissance en 1954.

La déclaration indienne exclut seulement de la juridiction de la Cour les différends antérieurs à 1930 et elle n'exclut pas les différends postérieurs qui seraient la répétition de différends antérieurs (comme nos distingués contradicteurs prétendent que c'est le cas).

Mais ici encore, supposons — simplement pour la facilité du raisonnement — que nous nous trompions. Supposons que la première partie de la réserve *ratione temporis* de l'Inde ait toute l'ampleur que prétend le professeur Waldock, retirant à la compétence de la Cour non seulement les différends anciens, mais aussi les différends actuels, qui reproduiraient des différends anciens.

Même ainsi, la thèse de nos adversaires se heurterait à des obstacles absolument infranchissables.

D'abord, nous ne pouvons pas oublier que la première partie de la réserve indienne trouve une limite dans la deuxième partie.

La première partie se réfère à la date de la naissance des différends; la seconde partie à la date de ses causes, c'est-à-dire des situations ou des faits qui les ont engendrés.

Il est évident que les effets ne peuvent précéder les causes et que, donc, les différends ne peuvent naître avant les situations ou les faits qui sont à leur origine. Or, comme nous l'avons démontré dans notre première intervention — et comme nous démontrerons de nouveau plus loin —, les situations ou faits, dans notre cas, datent de 1954.

En conséquence et étant donné que le moment le plus reculé dont il faille tenir compte est nécessairement celui des situations ou des faits, la réserve indienne, dans son ensemble, est inapplicable.

Mais encore une fois — et toujours à titre d'hypothèse — supposons qu'ici non plus nous n'ayons pas raison.

Le triomphe de la manière de voir de nos adversaires en découlerait-il? En aucune façon.

Car il leur faudrait démontrer que le différend actuel est la répétition ou la reproduction d'anciens différends, antérieurs à 1930.

Or, il est évident que le différend actuel ne pourrait être considéré comme la répétition ou la reproduction d'autres différends que si ceux-ci avaient eu la même nature, avaient possédé le même contenu, avaient porté sur les mêmes matières.

Cette condition peut-elle être donnée comme prouvée? Pas du tout.

Il n'est pas nécessaire que j'insiste sur l'objet du différend actuel.

Les Parties — nous l'avons vu — sont d'accord sur le fait que ce différend concerne l'existence et la violation du droit de passage entre Damão et les enclaves.

Or, un différend entre le Portugal et son voisin dans l'Hindoustan, relativement à l'existence et à la violation du droit de passage entre Damão et les enclaves, s'est-il produit une seule fois dans le cours de l'histoire avant 1954?

Ces matières ont-elles une seule fois été débattues avant cette date entre les deux États? Force est de répondre que non.

Nous savons que nos adversaires font pratiquement fi de l'aspect de la violation, sous prétexte qu'il s'agit d'un aspect secondaire ou accessoire.

Cette attitude est absolument sans fondement.

Mais même si nous bornions les questions posées à l'aspect de l'existence du droit, la réponse à leur donner serait toujours la même: négative.

Le professeur Waldoock semble prétendre qu'il y eut dans le passé des différends de même nature que celui qui oppose aujourd'hui le Portugal à l'Union indienne.

Mais il échoue complètement dans la tentative de démontrer cette thèse.

Si j'interprète bien la pensée du professeur Waldoock, se trouveraient dans les conditions indiquées — c'est-à-dire seraient des différends anciens de la même nature que l'actuel — les échanges de vues qui ont eu lieu entre les autorités portugaises et les autorités britanniques en 1818 et 1859 au sujet de l'exemption d'impôts douaniers pour les produits originaires de Nagar-Aveli, en transit vers Damão.

C'est ce qui me semble résulter des paroles suivantes de notre honorable contradicteur:

« ... si la Cour doit trancher le différend qui lui est soumis par le Portugal, elle doit étendre sa compétence aux différends de 1818 et 1859 entre les Britanniques et les Portugais concernant la force obligatoire des traités mahrattes » (compte rendu, IV, p. 792).

La Cour sait de quels échanges de vues il est question.

En 1818, les autorités portugaises demandaient la suppression du certificat dont dépendait alors l'exemption douanière applicable aux produits originaires de Nagar-Aveli en transit vers Damão littoral.

En 1859, les mêmes autorités — c'est-à-dire les autorités portugaises — demandaient le rétablissement de la même exemption, qui avait été supprimée dans l'intervalle.

D'où, dans un cas comme dans l'autre, échange de correspondance avec les autorités britanniques.

Il n'y eut pas là de différends à proprement parler. Il y eut des négociations.

Mais même s'il s'était agi de différends, ils ne seraient, en aucune façon, de la même nature que le différend actuel.

Actuellement, c'est le droit de passage qui est en cause, le droit de passage en lui-même. En 1818 et 1859, c'est une immunité de passage, d'ailleurs partielle, qui était en cause, une immunité applicable à une modalité du transit, produit originaire de la *pargana* vers Damão littoral.

En d'autres mots, aujourd'hui la discussion est de savoir si le Portugal a ou non le droit de transit. En 1818 et 1859, le Portugal voulait — une chose tout à fait différente — l'élargissement (dans le premier cas) ou le rétablissement (dans le second) d'une exemption douanière.

Il s'agit de réalités si différentes qu'il n'est absolument pas légitime de les assimiler en considérant ce qui se passe aujourd'hui comme la répétition de ce qui s'est passé à ces époques reculées.

Le professeur Waldock se réfère encore à d'autres échanges de vues entre les autorités portugaises et les Britanniques sur différentes questions (compte rendu, IV, pp. 789-791). Mais — cela ressort du passage de sa plaidoirie que j'ai lu il y a quelques instants — il ne semble pas considérer ces autres cas comme des différends dont le différend actuel serait la répétition.

Quoi qu'il en soit, ce qui est sûr, c'est que, dans ces autres cas, l'existence du droit de passage n'était pas non plus en cause — cette existence n'était pas alors objet de controverse.

Les matières traitées étaient tout autres.

Il suffit de se reporter à l'exposé du professeur Waldock pour le constater :

Aspects de la réglementation du transit, tels qu'exemptions douanières et licences administratives; démarches pour l'établissement d'un corridor entre Damão et les enclaves; démarches pour fixer la frontière entre les territoires portugais et les territoires britanniques: tels sont les sujets auxquels se réfère notre contradicteur.

Mais on ne peut voir en aucun d'entre eux des différends de l'ordre du différend actuel. Parce qu'il ne s'est jamais agi alors de discuter, comme on discute aujourd'hui, la question de savoir si le Portugal avait ou non le droit de transit.

Dans son intervention du 15 octobre (compte rendu, IV, p. 739), sir Frank Soskice, faisant précisément ressortir le fait que le droit de transit n'avait jamais été discuté en période britannique, désigna cette époque comme « 130 ans de silence ». Le professeur Waldock a prétendu la changer en « 130 ans de discussion »: mais en vain.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le moment est venu de passer au second aspect à considérer dans ce problème de la limitation temporelle de la juridiction de la Cour: la soi-disant antériorité, par rapport à 1930, des faits ou situations auxquels se rattache le différend.

Comme je pense l'avoir clairement démontré par l'analyse de la jurisprudence de la Cour faite dans mon intervention du 6 octobre (C. R., IV, pp. 607 et ss.), la Cour donne un sens parfaitement défini à la formule « faits ou situations au sujet desquels s'élève le différend ».

Ces faits ou situations se restreignent à ceux qui sont les générateurs du différend, à ceux qui sont vis-à-vis de lui dans une relation de cause à effet.

Et il faut considérer comme générateurs du différend les faits ou situations dont le demandeur se plaint comme violateurs d'un droit lui appartenant, ou, en d'autres termes, ce que le demandeur impute au défendeur comme illicite.

Les faits ou situations auxquels se rapporte le différend ne sont pas tous ceux qu'on discute à son propos, mais seulement ceux qui l'ont causé. On ne doit pas confondre l'objet de la discussion et sa cause. La cause est beaucoup plus restreinte que l'objet.

Appliquons ces principes à notre affaire.

De quoi se plaint l'État portugais? Quel comportement illicite attribue-t-il à l'État indien? Quels faits ou situations lui reproche-t-il?

Le Portugal se plaint des attitudes prises par l'Inde en 1954, relativement à Dadrá et à Nagar-Aveli, et qui font encourir à cet État des responsabilités internationales.

Le Portugal se plaint de ce que l'Inde, cette année-là, ait interrompu ses communications avec les enclaves, en offensant son droit d'accès à celles-ci.

Le Portugal se plaint de cette situation, inédite dans l'histoire de l'État portugais de l'Inde, d'un empêchement à l'accès des enclaves et d'un empêchement qui en dérive, de l'exercice sur elles des attributs de son autorité.

Voilà ce dont se plaint le Portugal; et c'est donc en cela que réside la cause génératrice du différend, suivant la jurisprudence fort claire de la Cour.

Nous sommes en face d'une réalité bien postérieure au 5 février 1930, date limite établie par la déclaration indienne. La réserve *ratione temporis* contenue dans cette déclaration ne fonctionne donc pas dans notre cas.

Nos contradicteurs nous reprochent de confondre la « situation » et le « différend » (compte rendu, IV, pp. 787-788) : c'est injuste.

La « situation » et le « différend » sont choses distinctes et nous les distinguons fort bien dans notre affaire. Elles se trouvent dans une relation de cause à effet.

Dans notre cas, ces deux réalités datent toutes les deux de 1954, elles sont chronologiquement proches l'une de l'autre, puisque le Portugal réagit sur-le-champ à l'offense faite à ses droits. Mais elles ne se confondent pas.

La « situation » est le comportement illicite de l'Inde; le « différend », l'opposition qui s'est établie entre les deux États du fait de ce comportement : opposition dont nous trouvons l'expression dans la correspondance diplomatique de 1954-1955.

Nos contradicteurs prétendent faire fonctionner la réserve temporelle sous prétexte que nous sommes — d'après leurs dires — en présence d'un corps de preuves, d'une série de faits dont les premiers remontent à une époque antérieure à 1930. Ils dateraient de 1818 ou même de 1779.

Cette idée d'une suite de faits ou de preuves est une idée vague et indéfinie qui ne peut pas du tout servir à résoudre le problème.

Déjà le représentant du Gouvernement italien, dans l'*Affaire des Phosphates*, le professeur Roberto Ago, avait employé un procédé analogue, bien que pour atteindre des résultats opposés (C. P. J. I., Série C, n° 85, pp. 1231 et ss.). Ce jurisconsulte parlait sans cesse de faits connexes, d'enchaînements, de l'ensemble des faits, de leur intime liaison. Et il en tirait la conclusion que le fait illicite imputé à la France constituait un délit « continu, unique, progressif », qui n'était devenu parfait et définitif qu'après la date critique; d'où, à son sens, ressortait la compétence de la Cour.

Mais la Cour rejeta cette thèse.

Certes, il peut y avoir — il y aura normalement — différents faits se succédant dans le temps, les uns antérieurs, les autres postérieurs à la date limite.

Mais, toutes les fois que cela se produit, la réserve *ratione temporis* fonctionnera-t-elle automatiquement, comme paraissent le prétendre nos contradicteurs?

En aucune manière.

Il faut distinguer.

S'agit-il de l'hypothèse où les faits antérieurs sont les vrais éléments générateurs du différend, constituant le comportement illicite dont se plaint le demandeur, et dont les faits postérieurs ne représentent que la simple confirmation et le développement?

Alors, la limitation temporelle s'applique et la Cour n'est pas compétente. C'est ce qui se produit dans l'*Affaire des Phosphates*, dans laquelle

la plainte de l'Italie contre la France s'attaquait essentiellement, et avant tout, aux *dahirs* de 1920 qui étaient, eux, antérieurs à la date critique.

S'agit-il d'autres hypothèses, de l'hypothèse où les faits antérieurs ne constituent pas un objet de plainte de la part de l'État demandeur, ne sont pas des faits illicites, mais au contraire sont invoqués par l'État demandeur comme source ou titre du droit qui aurait été violé par les faits postérieurs?

En d'autres termes, s'agit-il de l'hypothèse où l'État demandeur n'allègue pas une suite de faits, tous illicites, les uns étant la confirmation et le développement des autres, mais il allègue des faits antérieurs qui lui donnent un droit déterminé, et d'autres postérieurs qui offensent ce droit?

Alors, la limitation temporelle n'est pas applicable et la Cour est compétente. C'est ce qui est arrivé dans l'*Affaire de la Compagnie d'Électricité*, dans laquelle tous les faits illicites étaient postérieurs à la date critique, les antérieurs, c'est-à-dire, les sentences du Tribunal arbitral mixte, étant la source des droits lésés par les faits postérieurs.

Or, l'affaire actuelle rentre, elle aussi, dans cette seconde hypothèse.

Les faits illicites dénoncés par le Portugal sont tous postérieurs à 1930.

Les faits antérieurs à cette date, allégués par le Portugal, constituent les titres ou sources de son droit, comme les sentences du Tribunal arbitral mixte constituaient les titres ou sources du droit de la Belgique.

[Audience publique du 31 octobre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en traitant hier de la sixième exception, j'ai analysé successivement les deux objections en lesquelles elle se dédouble.

Première objection, celle basée sur la première partie de la réserve *ratione temporis* insérée dans la déclaration indienne.

Deuxième objection, celle basée sur la seconde partie de la même réserve.

J'ai terminé mes considérations relatives à la première objection, et j'ai entamé, mais sans arriver jusqu'à la conclusion, celles relatives à la deuxième.

Cette deuxième objection, comme on le sait, consiste à prétendre que le présent différend échappe à la compétence de la Cour, sous prétexte qu'il s'élève au sujet de situations ou faits antérieurs au 5 février 1930.

Dans mes considérations d'hier, j'ai rappelé le critère qui se déduit des arrêts de la Cour. Ce critère se dédouble en deux points:

a) seuls ont de l'intérêt pour l'application de la réserve temporelle les situations ou les faits générateurs du différend, c'est-à-dire ceux qui constituent sa cause;

b) ce qui constitue la cause du différend, ce sont les situations ou les faits imputés comme illicites par l'État demandeur à l'État défendeur.

L'application de ce critère à notre cas conduit indubitablement au rejet de la deuxième objection contenue dans la sixième exception indienne.

Parmi les multiples situations ou faits discutés dans le procès et qui s'étendent sur une période de presque deux siècles, partant de la période maharatte pour aboutir à la période actuelle, parmi toutes ces situations

ou faits il faut trier, pour l'application de la réserve temporelle, ceux qui sont la cause du différend soumis par nous à la Cour. Seuls sont dans ces conditions les situations ou les faits que le Portugal impute à l'Union indienne comme illicites, c'est-à-dire les événements de 1954. Comme ces événements sont postérieurs à 1930, la Cour est compétente.

Nos adversaires acceptent la première partie du critère que je viens d'énoncer: ils tombent d'accord que celle-ci — cette première partie — exprime bien la pensée de la Cour. Et ils admettent ainsi qu'il faille sélectionner les causes génératrices du différend. La Cour ne sera incompétente que si ces causes ont été antérieures à la date limite (compte rendu, IV, p. 786).

Mais nos adversaires cessent d'être d'accord avec nous sur la seconde partie du critère que nous avons formulé. Ils nient que cette seconde partie traduise l'orientation de la jurisprudence. Ils se refusent à admettre que, d'après celle-ci, les causes du différend soient les faits illicites. Aussi adressent-ils toute une série d'objections contre le critère avancé par nous — qui, d'ailleurs, n'est pas notre critère, mais celui de la Cour.

J'ai déjà apprécié hier quelques-unes de ces objections.

Nos adversaires prétendent, par exemple, que nous confondons les situations ou les faits au sujet desquels le différend s'élève avec le différend lui-même. Cette critique revient à dire que nous confondons la cause et l'effet.

Nous avons vu hier que cette critique n'est pas juste. En réalité, nous distinguons bien la cause et l'effet sur le plan des principes et dans leur application. La cause est le comportement illicite; le différend la controverse qu'il suscite. Dans notre cas, c'est, d'une part, l'attitude de l'Union indienne à partir de 1954 et, d'autre part, la discussion établie entre les deux États du fait de cette attitude.

Autre objection aussi réfutée hier:

Dans le cas actuel — allèguent nos adversaires — nous sommes en présence d'une série continue de faits. Les uns sont antérieurs à 1930; les autres sont postérieurs à cette date. Mais les faits postérieurs — poursuivent nos antagonistes — représentent la simple confirmation, le simple développement des faits antérieurs. Donc, concluent-ils, la Cour est incompétente.

L'objection est, comme la précédente, inacceptable.

Ainsi que nous l'avons déjà vu, parmi les faits postérieurs à 1930, seuls présentent de l'intérêt pour l'application de la réserve temporelle les faits illicites qui datent de 1954. Or les faits antérieurs ne sont pas de même nature qu'eux, ils ne sont pas illicites. Ce ne sont pas des faits qui violent le droit; ce sont des faits qui lui donnent naissance. Il ne s'agit pas d'infractions au droit de passage; il s'agit de ses titres ou sources — depuis les accords mahrattes jusqu'à la coutume locale.

Les faits antérieurs et les faits postérieurs ne sont donc pas de même nature; ils ne possèdent pas d'homogénéité entre eux, et ainsi la prétendue série continue de faits ne se vérifie pas, ce qui signifie que l'argument s'effondre.

Telles sont les objections dont j'ai traité hier.

Considérons-en maintenant encore d'autres.

Nos adversaires tirent argument de la non-rétroactivité comme fin des clauses de limitation temporelle de la juridiction de la Cour (compte rendu, IV, p. 780). Ils disent que ces clauses ont justement pour but

d'éviter la rétroactivité; que, donc, elles ne doivent pas être appliquées contre cet objectif.

Ici encore l'objection est sans valeur et renferme une pétition de principe.

Car le tout, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, est de savoir quand il y a et quand il n'y a pas rétroactivité. Problème qui doit se résoudre, évidemment, à la lumière du critère défini par la Cour. Suivant ce critère, il n'y a rétroactivité que si l'appréciation de la Cour s'étend à des situations ou à des faits générateurs du différend, qui soient antérieurs à la date limite; et nous savons que ces situations ou faits générateurs du différend sont seuls les faits illicites.

De même, on ne peut argumenter comme le font nos estimés contradicteurs en se servant d'une certaine interprétation, établie par un raisonnement *a priori*, de la réserve *ratione temporis*, car, ici encore, tout le problème consiste à définir le critère à l'aide duquel devra être faite cette interprétation, et ce critère est celui établi par les arrêts de la Cour.

Pourtant, le professeur Waldock s'est livré à une analyse détaillée de ces arrêts pour essayer de démontrer qu'ils ne consacrent pas la doctrine que j'en tire. A son avis, j'aurais mal interprété la pensée de la Cour. En vérité, le professeur Waldock est allé plus loin encore, car il a laissé entendre (s'il ne l'a pas dit clairement) que je n'aurais pas été exact dans la présentation et l'utilisation du texte des arrêts.

J'ai conscience que ce reproche n'est pas mérité, aussi m'abstiendrai-je de tout commentaire.

Je ne vais pas suivre le professeur Waldock dans son effort herculéen, mais sans gloire, pour tenter de démontrer que les arrêts disent ce qu'ils ne contiennent pas, ou, mieux, disent le contraire de ce qu'ils contiennent.

En effet, son interprétation a reçu d'avance une réponse dans mon intervention du 6 octobre (C. R., IV, pp. 607 et ss.). Je demande la bienveillante attention de la Cour sur ce que j'ai exposé à cette audience.

Je ne veux cependant pas laisser passer sans remarque que le professeur Waldock a reproché à l'arrêt sur les *Phosphates* de ne pas être « clair comme le cristal » (C. R., IV, p. 785).

Cet arrêt n'est pas d'une limpidité de cristal si l'on veut y voir l'expression de la doctrine de nos adversaires, mais il le devient si on le lit sans idées préconçues.

Je ne manquerai pas de remarquer non plus que le professeur Waldock, qui m'accuse de mal interpréter la jurisprudence, ne peut toutefois nier que mon interprétation coïncide tout à fait avec celle de sir Hersch Lauterpacht.

Comme la Cour le sait, M. le juge Lauterpacht, se référant à l'arrêt de la *Compagnie d'Électricité*, s'exprime ainsi à la page 98 de son ouvrage *Development of International Law by the International Court*:

« On peut inférer de cette décision — dit M. le juge Lauterpacht — que la « source du différend » est le fait ou la situation dont le Gouvernement demandeur se plaint comme constituant la violation d'une obligation internationale. »

C'est tout à fait le critère que je viens de soutenir.

Quel commentaire le professeur Waldock fait-il à cette affirmation si claire de sir Hersch Lauterpacht? Il n'en trouve pas d'autre que d'alléguer, sans aucune démonstration, qu'elle dépasse la pensée de la Cour (compte rendu, IV, p. 779).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous avons vu comment, du côté portugais, on interprète la jurisprudence de la Cour sur le sens de l'expression « situations ou faits au sujet desquels s'élève le différend ».

Nous avons vu quelles sont les principales objections formulées du côté indien au critère que nous avons extrait de cette jurisprudence et le manque de valeur de ces objections.

Mais nous ne savons pas encore avec certitude quel est le critère de nos éminents contradicteurs, ou plutôt, quel critère ils attribuent à la Cour. Nous ne le savons pas et ce n'est pas une tâche facile de le déterminer.

J'ai l'impression cependant que je ne me tromperai pas en avançant que, d'après le professeur Waldock, « les situations ou faits au sujet desquels s'élève le différend » sont toutes les situations ou tous les faits sur lesquels la Cour doit se prononcer, au moins quand les Parties sont en désaccord à leur égard.

Ce qui me pousse à penser de la sorte, ce sont certaines phrases de la plaidoirie du professeur Waldock.

On lit par exemple au compte rendu, IV, page 785 :

« La Cour a donc estimé qu'elle n'était pas en mesure de se déclarer compétente à l'égard d'un litige lorsque, pour le trancher, la Cour devait se prononcer — étendre sa compétence — sur des situations ou faits antérieurs à cette date. »

Et dans le même compte rendu, page 787 (je cite) :

« Le critère est plutôt de savoir si la situation ou le fait donné sont bien l'objet du différend ou du désaccord entre les Parties. »

Je fais ressortir les mots : objet du différend ou du désaccord.

C'est-à-dire que, suivant le professeur Waldock, la Cour serait incompétente toutes les fois qu'elle devrait se prononcer sur une situation ou un fait quelconques, antérieurs à la date limite, sur lesquels il y aurait désaccord ou discussion entre les Parties.

D'après ce critère, toutes les matières controversées comptent pour l'application de la réserve temporelle.

Ce ne sont pas seulement les faits violateurs du droit qui comptent mais aussi les faits constitutifs de ce droit, c'est-à-dire des titres ou sources, quand les Parties les discutent.

Ainsi, dans notre cas, ce ne serait pas seulement le comportement illicite de l'Union indienne qui importerait. Les accords maharattes, la coutume locale, la coutume générale et jusqu'au fait lui-même de la constitution des enclaves en 1783 et en 1785, comme situation de fait à laquelle s'appliquent les principes généraux de droit, auraient tous la même importance que ce comportement illicite.

Les faits que je viens d'énumérer sont les titres de notre droit, sont les sources d'où il provient. Mais cette circonstance n'a pas d'importance aux yeux de nos adversaires.

Les Parties discutent-elles de ces matières? Alors, concluent nos adversaires — elles ont de l'importance pour le fonctionnement de la réserve *ratione temporis*.

Et comme accords maharattes, coutume locale, coutume générale, constitution des enclaves, comme tout cela vient d'époques antérieures à 1930, l'incompétence de la Cour s'ensuit, d'après l'opinion de nos distingués contradicteurs. C'est-à-dire que la Cour ne serait compétente que si aucune réalité antérieure à 1930 n'était en discussion, que si

on la circonscrivait aux réalités postérieures à cette date, que si cette discussion comprenait uniquement la période limitée allant de 1930 à aujourd'hui.

Il suffit, me semble-t-il, d'énoncer le critère de nos éminents antagonistes pour en sentir immédiatement le caractère artificiel. Ce critère est inadmissible, il n'exprime en aucune façon la pensée de la Cour. Nous l'avons démontré en son temps.

Nos contradicteurs, comme nous l'avons vu, commencent par accepter que l'on doive faire un tri entre les situations et les faits, que *seuls* aient de la valeur pour l'application de la réserve les situations ou les faits *générateurs* du différend.

Mais ensuite ils finissent par récuser la portée du tri et par attribuer de l'intérêt à toutes les situations ou faits discutés au cours du procès.

Ils partent de la notion de cause du différend, mais ils l'abandonnent ensuite, car, sous prétexte de la définir, ils lui en substituent une autre: celle de l'objet du différend. Qu'on veuille bien se souvenir des termes employés par le professeur Waldock que j'ai soulignés il y a quelques instants:

« Le critère est plutôt de savoir si la situation ou le fait donné sont bien l'objet du différend ou du désaccord entre les Parties. »

Par conséquent il ne s'agit plus de la cause génératrice du différend, mais de son objet, qui est une notion tout à fait différente.

En un mot, nos honorables contradicteurs passent de ce qui a provoqué la discussion de ce qui est en discussion. Or, les réalités qui provoquent la discussion et celles qui sont en discussion ne coïncident pas nécessairement. Dans l'affaire présente, ce qui a provoqué la discussion, c'est le comportement de l'Inde en 1954, mais, cette discussion une fois née, elle ne porte pas uniquement sur lui. Elle englobe aussi les titres du droit que le Portugal invoque pour qualifier ce comportement comme illicite.

Le premier aspect seul vaut pour déterminer la compétence de la Cour, nous le savons.

Je dois en ce moment remarquer encore que le professeur Waldock s'est reporté aussi à propos de la deuxième partie de la réserve *ratione temporis* à des faits anciens comme ceux qui ont trait à des immunités douanières applicables au transit Dâmao-enclaves. Mais quant à ces derniers faits, en dehors de la critique générale que je viens de faire, on doit dire qu'ils ne font même pas partie de l'objet du différend actuel, qui concerne seulement le droit de passage et non pas des immunités quelconques.

Si d'aventure on peut parler de discussion à ce sujet, cette discussion appartiendrait au passé et non pas au temps présent. En aucun cas, par conséquent, les faits en question ne pourraient être compris dans les situations ou faits au sujet desquels le présent différend s'est élevé.

Si la thèse étrange de nos distingués antagonistes triomphait, la Cour devrait se déclarer incompétente chaque fois que le demandeur, comme titre de son droit, invoquerait par exemple une coutume de formation antérieure à la date limite, car le défendeur ne manquerait évidemment pas de discuter la coutume, au moins pour provoquer l'incompétence de la Cour...

On sait que la date limite établie dans les réserves *ratione temporis* est normalement une date récente (dans la plupart des cas la date même de l'acceptation de la juridiction de la Cour). On sait, d'autre part, que

les sources de droit international sont généralement de date ancienne, il en résulterait que ces réserves auraient pratiquement pour effet de paralyser la juridiction de la Cour. Les États donneraient d'une main ce qu'ils retireraient de l'autre. Ils déclareraient accepter la juridiction de la Cour mais ils priveraient cette acceptation de sa valeur en y introduisant une clause en vertu de laquelle cette juridiction ne fonctionnerait pratiquement jamais.

Dans le cas concret de la déclaration de l'Inde, la Cour ne serait compétente pour juger un différend que dans l'hypothèse fort peu probable où l'on n'invoquerait que des titres juridiques internationaux tous postérieurs au 5 février 1930. Une doctrine qui aboutit à de semblables résultats se condamne elle-même.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, M. le professeur Waldock adresse encore à notre interprétation de la jurisprudence une autre objection dont j'ai volontairement réservé l'examen pour maintenant.

M. le professeur Waldock dit que si la Cour avait accepté notre interprétation, son arrêt du 26 novembre 1957 n'aurait pas ordonné de joindre au fond la sixième exception mais, au contraire, il l'aurait dès ce moment rejetée — car il lui était facile de constater que le Portugal ne se plaignait pas de faits illicites antérieurs à 1930.

L'argument se retourne contre nos adversaires car, en effet, dans le même ordre d'idées, on peut également dire que si la Cour avait accepté leur interprétation — l'interprétation de nos adversaires — elle aurait du même coup accepté l'exception, puisqu'il lui était facile de constater que l'on discute dans l'affaire de réalités antérieures à 1930.

A la vérité, comme nous l'avons déjà démontré, la Cour, en se bornant à joindre l'exception au fond, n'a pris aucune position, ni relativement à l'amplitude de l'exception, ni relativement aux critères à la lumière desquels elle devra l'apprécier.

La détermination et l'application de ces critères, la Cour les fera maintenant, en toute liberté, car il n'y a pas chose jugée qu'elle doive respecter.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour finir, qu'il me soit permis de citer de nouveau ici le passage de l'étude sur le *Decline of the Optional Clause* du professeur Waldock publiée dans le *British Year Book of International Law*, 1955-1956, page 271, passage sur lequel je me suis déjà appuyé dans la discussion de la matière, il y a deux ans, à cette barre. Je ne manquerai pas de le relire, tellement il s'ajuste avec exactitude au cas présentement débattu. Et voici la traduction française:

« La plupart des « différends postérieurs » », écrit le professeur Waldock, « auront trait à des situations ou à des faits dont l'histoire remontera à pas mal d'années et une interprétation large de la limitation pourrait mener à une sévère restriction des questions couvertes par la déclaration. Mais la limitation est énoncée de façon objective, et la Cour n'a pas eu de peine à la circonscrire en soutenant qu'une situation ou un fait antérieur doit, pour faire jouer la limitation, être celle ou celui qu'on trouve à l'origine du différend. Un État », poursuit le professeur Waldock, « ne saurait donc par un recours spécieux à des liens ténus entre un « différend » récent et « une situation ou un fait » passé se servir de cette forme de limitation comme d'une *escape clause* générale. »

Voici précisément ce que prétendent nos antagonistes: utiliser un recours spécieux à des liens ténus entre un différend récent et une situation ou un fait passé pour se servir de la réserve *ratione temporis* comme d'une « *escape clause* ».

Car n'est-ce point un recours spécieux que celui qui consiste à relier le différend à toutes les réalités que la Cour doit apprécier, comme si ces réalités avaient été la cause du différend, alors que cette cause réside irréfutablement dans les faits violateurs du droit, des faits qui ont poussé le Portugal à réagir, à entamer une discussion, une controverse, un différend avec l'Inde?

Et comment le professeur Waldock concilie-t-il ces deux positions: condamnation d'une interprétation large de la réserve *ratione temporis* et défense de cette même interprétation; condamnation et défense prononcées par lui respectivement dans l'écrit cité et dans sa plaidoirie?

Il y a une autre opinion qui mérite aussi d'être mentionnée comme absolument conforme au point de vue portugais: c'est celle exprimée par notre éminent contradicteur M. le professeur Henri Rolin dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité* où il représentait le Gouvernement belge et où il défendait donc la thèse de la compétence de la Cour qui triompha. Il s'exprime ainsi (C. P. J. I., Série C, n° 88, page 412):

« Ce qui doit être pris en considération pour la détermination des situations ou de faits antérieurs à l'acceptation de la compétence lorsqu'il s'agit d'une action en responsabilité, ce n'est pas, comme le disait M. de Ruelle, la naissance du droit dont nous dénonçons la violation, c'est le fait, c'est l'acte qui a constitué cette violation. Et je crois que nous touchons là du doigt l'erreur fondamentale commise par nos estimés contradicteurs.

Dans votre arrêt des *Phosphates* vous avez parlé de faits générateurs du différend, vous avez employé un mot qui est une image: génération. Pour engendrer il faut être deux en matière de responsabilité, comme dans la vie naturelle. Une action en responsabilité suppose à la fois un droit et un acte commis à l'encontre de ce droit; la naissance de ce droit, son ancienneté, importent peu en ce qui concerne l'interprétation de votre compétence. Le bon sens l'indique!

Excluez-vous de la compétence toute violation se produisant aujourd'hui parce qu'elle irait à l'encontre d'un droit plus ancien que l'acceptation de la compétence?

Alors, pour la plupart des traités, pour tous ceux qui ont été conclus avant 1936 [c'était la date critique dans le cas], leur violation échapperait à votre compétence. Et, en ce qui concerne les règles du droit non écrit: supposez que demain un diplomate belge se trouve en Bulgarie l'objet d'une méconnaissance flagrante de son immunité diplomatique, allez-vous déclarer l'incompétence?

Ainsi, suivant le système bulgare, la clause facultative se trouverait une deuxième fois vidée de sa substance. »

Dans notre affaire aussi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il importe de distinguer la naissance du droit et sa violation.

La naissance du droit est antérieure à 1930, mais sa violation est postérieure à cette année.

Or, ce qui constitue la cause du différend et qui, de ce fait, décide de la compétence de la Cour, c'est la violation du droit, ce n'est pas sa

naissance. Cette violation est-elle postérieure à la date limite? Dans ce cas, et c'est le cas actuel, la Cour est compétente.

Une interprétation différente équivaldrait, comme le dit fort bien mon éminent collègue, M. le professeur Rolin, à vider de sa substance la déclaration de l'acceptation de la juridiction de la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, voici les avocats du Portugal parvenus à la fin de leurs plaidoiries. Nous nous sommes efforcés d'y exprimer la raison juridique et morale dont nous nous considérons comme assistés. Nous nous sommes efforcés d'y exposer les faits qui traduisent la grave offense dont furent et continuent à être victimes des droits qui nous appartiennent et nous sont véritablement essentiels, car c'est d'eux que dépend l'exercice des pouvoirs et l'accomplissement des devoirs contenus dans notre souveraineté sur des parcelles de notre territoire.

Nous nous sommes efforcés d'y définir les principes et les réalités juridiques qui donnent dans le passé et dans le présent un solide appui à ces droits. Nous nous sommes efforcés d'y mettre en évidence notre esprit de bon voisinage et de coopération avec l'État contigu dans la péninsule hindoustannique, esprit dont nous avons donné des preuves répétées. Nous nous sommes efforcés, en un mot, d'y présenter une image fidèle, dans la mesure où nos forces nous l'ont permis, des droits du Portugal et des raisons sur lesquelles se fonde notre demande.

Nous ne pouvions manquer de faire entendre notre voix devant cette haute instance, dépositaire et gardienne du précieux trésor que représente le maintien de la justice dans les relations entre les peuples et la réintégration du droit des gens quand les États ne respectent pas intégralement ses injonctions.

Nous ne pouvions manquer de faire entendre notre voix, surtout parce que des valeurs morales d'une importance transcendante sont en cause.

Dadrá et Nagar-Aveli sont deux petites enclaves dont les dimensions ne souffrent même pas un début de comparaison avec l'immensité du territoire indien. Mais si elles ne représentent objectivement, en ce qui concerne leur étendue matérielle, que des petits territoires, par contre, elles représentent pour nous énormément en ce qui concerne la signification morale. Elles représentent énormément parce qu'il s'agit de territoires et de populations portugais. Elles représentent énormément, parce qu'il s'agit de réalités qui font partie de la souveraineté et de l'unité même du Portugal.

Ceci dit, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je veux vous renouveler l'expression de la haute considération de mon Gouvernement, à laquelle j'ajoute celle de mes collègues et la mienne, et vous présenter à nouveau nos remerciements pour la bienveillante attention avec laquelle vous avez toujours daigné nous écouter.

23. STATEMENT OF SHRI M. C. SETALVAD

(AGENT AND COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARING OF 3 NOVEMBER 1959, MORNING

Mr. President and Members of the Court.

I shall begin by apologizing for the absence of two of my colleagues. Professor Waldock is unable to be present by reason of indisposition and Professor Guggenheim by reason of unavoidable engagements.

May I, Mr. President, next indicate as to how we propose to deal with the various subject-matters which arise. We shall give the first place in our final Submissions to the Fifth and Sixth Objections which have been joined to the merits. We feel that this is appropriate, as these raise questions of the jurisdiction of the Court, and if our submissions in respect of them are well founded, the question of merits may not arise.

We shall next deal with the submissions made by our learned opponents on the scope of the Portuguese claim and the definition of the right of passage claimed by them. Then will follow an examination of the general titles relied on by Portugal, namely, the general principles and the general custom for which they contend.

We shall next address ourselves to the particular titles set up by Portugal: the treaty, the accords, and the local custom. Having dealt with these, we shall endeavour to put in their true perspective the facts of the post-British period and the insurrection, and make submissions on the effect of these events of 1954 on the Portuguese claim.

We shall conclude with some observations on the attitude adopted by the Government of India in the situation which has arisen and which continues.

I shall have the privilege of addressing you on the particular titles put forward by Portugal and making the concluding observations. On Professor Rolin will fall the task of dealing with all the remaining heads I have mentioned.

I now request you, Mr. President, to call upon Professor Rolin.

24. DUPLIQUE DE M. H. ROLIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DE L'INDE)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 3 ET 4 NOVEMBRE 1959

[*Audience publique du 3 novembre 1959, matin*]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Permettez-moi d'adresser les premiers mots de cette réplique à M. l'*Attorney-General* et à mes collègues et confrères de la défense. Je suis sensible à la confiance qu'ils me témoignent. Je n'aurais pu accepter la mission très lourde qui m'est confiée si je n'avais su compter sur l'assistance empressée que chacun d'entre eux, y compris mon collègue M. Guggenheim, jusqu'au moment de son départ, a tenu à m'apporter dans la préparation de cette duplique.

Je n'aurais pu non plus pouvoir accepter cette tâche si, en entendant pendant six semaines les intéressantes plaidoiries qui ont été délivrées ici et en y réfléchissant à longueur de journée et même parfois de nuit, je n'étais arrivé à me faire une vue d'ensemble de l'affaire, à être renforcé dans la conviction du bien-fondé de la thèse indienne et à concevoir l'espoir de pouvoir faire partager à la Cour ma compréhension et ma conviction.

Je prie la Cour de croire que je ne sous-évalue pas la difficulté de ma tâche. Non seulement les questions sont extrêmement nombreuses, mais ce n'est pas par politesse que je rends hommage, une fois de plus, à mes collègues de l'autre côté de la barre. A certains moments, ils se sont surpassés par la finesse et la vigueur de leurs observations. Et mon hommage s'adresse, non seulement à mon estimé collègue et prédécesseur à la chaire de Droit international de Bruxelles, M. le professeur Bourquin, qui est un très ancien ami, mais à celui que je me permettrai de qualifier également mon ami, le plus jeune collègue, doyen de la faculté de Droit de Lisbonne; lorsque pendant des semaines on s'affronte dans un combat loyal, on ne peut refuser à un adversaire de cette qualité son estime et sa sympathie.

Monsieur le Président, je n'ai qu'un regret, j'éprouve même une déception et, dans une certaine mesure, une humiliation, quand je constate que des adversaires de cette valeur nous ont parfois mal compris ou qu'ils ont cru pouvoir négliger des arguments auxquels nous attachons de l'importance. Sans doute nous serons-nous mal exprimés. A voir se succéder ainsi des opinions opposées, je crains que la Cour n'ait eu, à certains moments, l'impression d'assister à un dialogue de sourds et peut-être même parfois certains juges auront-ils regretté que ce ne soit pas un dialogue de sourds-muets.

Je souhaiterais échapper cette fois à cette mésaventure. Plaidant le dernier, j'ai l'ambition de vous présenter une synthèse qui ne se limite pas à l'argumentation indienne, mais ensemble comprenne l'indienne et la portugaise, et résume cette dernière avec autant de fidélité que la première.

J'ai donc beaucoup à dire, et pourtant, je voudrais être bref et dès lors, je devrai être concis; exceptionnellement concis, et je le regrette

un peu. Mes estimés contradicteurs n'ont pas craint de répéter, sous des formes variées, les arguments qui avaient leur préférence. Je ne leur en fais pas un reproche. Il est de l'essence de la plaidoirie de frapper plusieurs fois sur le même clou. Mais si nous voulons terminer cette semaine, c'est un plaisir dont je vais devoir me passer.

Cela rendra mon exposé, malheureusement, plus dense et peut-être plus fatigant à suivre. Je m'en excuse d'avance auprès des membres de la Cour. Je ne frapperai qu'une seule fois sur la plupart des clous. Mais je fais confiance qu'il se trouvera au siège certains juges, lorsqu'ils trouveront qu'une pointe est enfoncée droite, pour lui donner les coups de marteau supplémentaires.

J'en arrive, Messieurs, tout de suite, à la sixième exception. M. l'*Attorney-General* vous a dit quelles raisons nous avons eu de décider de donner la priorité dans nos conclusions et dans notre réplique aux exceptions préliminaires réservées par la Cour et jointes au fond. C'est dans le même esprit qu'à la réflexion j'ai estimé devoir vous parler d'abord de la sixième avant les quelques mots que je consacrerai à la cinquième.

Sans doute ont-elles été, l'une et l'autre, jointes au fond, et dans l'ordre de numérotation qui leur a été donné il eut, dès lors, été naturel que j'aborde d'abord la cinquième. Mais vous aurez sans aucun doute remarqué que, si l'une et l'autre sont jointes au fond, en réalité la cinquième nécessite, pour que vous puissiez prendre attitude, un examen complet du fond, et en tout cas un jugement sur la valeur des titres généraux et particuliers qui ont été invoqués à l'appui du droit de passage; tandis qu'en ce qui concerne la sixième, vous pouvez vous contenter de certains aspects du fond, de certains aspects extérieurs. Ce dernier examen sera infiniment plus bref, et dès lors il paraît probable que la Cour abordera en premier lieu la sixième exception. Il était naturel dans ces conditions que nous suivions le même ordre.

Je n'accorderai néanmoins à la sixième exception qu'un temps relativement bref. Mes confrères, aussi bien que M. le professeur Waldock et que M. Telles, s'y sont longuement attardés. Attardés est injuste. Ils ont longuement développé leur manière de voir, de façon fort approfondie et fort intéressante et en principe, je préférerais demander à la Cour de se référer à leurs plaidoiries. Néanmoins, je reconnais que la réplique de M. Telles nécessite de ma part une réponse, si brève scit-elle.

Mais d'autre part, ce n'est pas la première fois que la Cour entend parler de la sixième exception. On a déjà longuement traité la question lors des débats sur les exceptions préliminaires et vraiment je ne peux pas prétendre, sans lasser la Cour, lui lire et lui relire et commenter encore les deux fameux arrêts des *Phosphates* et de l'*Électricité de Sofia*. En pareille situation, je vais donc me borner à quelques observations, renvoyant la Cour pour le surplus à celles qu'a présentées le professeur Waldock aux audiences des 16 et 17 octobre (compte rendu, IV, pp. 770 à 793).

Et tout d'abord, Monsieur le Président, Messieurs, je dois exprimer ma surprise d'avoir vu M. Telles revenir sur un argument que vraiment je ne crois pas digne de lui, tant il est faible.

Il s'agit de la thèse suivant laquelle, en cette matière, la charge de la preuve incomberait à l'Inde parce que, *excipiens fit actor*, il s'agirait d'une exception, et celui qui invoque une exception doit faire la preuve du bien-fondé de l'exception.

Monsieur le Président, mon distingué collègue et ami joue sur les mots. Ce qui, du point de vue de la procédure, est présenté sous forme d'exception n'est, en réalité, qu'une dénégation de la compétence de la Cour que l'État demandeur, en l'espèce le Portugal, a affirmée et qu'il a charge d'établir. Je rappelle, pour autant que de besoin, que dans l'article 32 de votre Règlement, vous avez indiqué que la requête doit contenir les dispositions par lesquelles « le requérant prétend établir la compétence ». Parmi les dispositions que le Portugal a mentionnées, il y avait cette déclaration de l'État indien d'acceptation de la clause facultative qui limitait expressément l'acceptation aux différends nés après le 5 février 1950, concernant des situations ou des faits postérieurs à cette date. Il est clair que, du moment que l'Inde estime que le différend actuel n'entre pas dans cette catégorie, c'est au Portugal à établir qu'il en est bien ainsi. Ai-je besoin d'ajouter, Messieurs, que, si d'aventure l'Inde ne s'était pas présentée devant votre Cour, comme suite à la requête du Portugal, vous auriez eu assurément, aux termes de l'article 53 du Statut, la possibilité de rendre votre décision par défaut, mais, dit l'article 53 du Statut, non pas avant de vous être assurés d'office que vous aviez compétence. Vous auriez donc dû d'office vérifier le bien-fondé de l'argument employé par le Portugal, suivant lequel la déclaration indienne lui donnait compétence pour le présent litige. C'est vous dire, Messieurs, que cette charge, incontestablement, pèse sur le Portugal. Je ne crois pas à vrai dire que la question ait en l'espèce une grande importance, mais M. Telles s'est certainement trompé lorsqu'il a attribué cette charge à l'Union indienne.

Pour le surplus, Monsieur le Président, je limiterai mes observations à la discussion de la deuxième condition de nature temporelle mise par l'Inde à son acceptation de compétence, à savoir que le différend concerne des situations ou des faits postérieurs à 1930.

Que je dise de suite que si je me borne à ce deuxième moyen, ce n'est pas que nous abandonnions le premier, mais c'est parce que le deuxième moyen est beaucoup plus simple, qu'il ne présente pas les mêmes complications, qu'il ne nécessite pas les mêmes développements, alors qu'il suffit à établir l'incompétence de la Cour pour l'examen de ce litige. Mon estimé contradicteur M. Telles, pour réfuter notre manière de voir, s'est appuyé essentiellement sur l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale relatif à l'*Affaire de la Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* et il en a déduit ce qu'il considère comme une définition de valeur générale, de ce qu'il faut entendre au point de vue de l'examen des réserves temporelles par « situation ou fait que concerne un différend ». Il a déduit de cet arrêt que seuls ont de l'intérêt pour l'application de la réserve temporelle les situations ou les faits générateurs du différend, c'est-à-dire ceux qui constituent sa cause, et que ce qui constitue la cause du différend, ce sont les situations ou les faits imputés comme illicites par l'État demandeur à l'État défendeur. C'est ce que vous trouvez, Messieurs, à la page 149 du compte rendu du 31 octobre.

A cette occasion, M. le doyen Telles m'a fait l'honneur et le plaisir de citer un extrait, du reste assez pittoresque, de la plaidoirie que j'avais prononcée ici-même il y a vingt ans — c'est presque un souvenir de jeunesse — dans laquelle j'avais également anticipativement exprimé l'opinion que la situation ou le fait qui doit être pris en considération, lorsqu'il s'agit d'une action en responsabilité, c'est le fait, c'est l'acte qui constitue cette violation.

Monsieur le Président, je n'ai pratiquement rien à redire au commentaire qui a été fait par M. Telles de cet arrêt ni de l'extrait de plaidoirie, qui dans l'essentiel demeurent à mon sens l'un et l'autre exacts. M. Telles n'a commis qu'une erreur, mais elle est, je le crains pour lui, de dimension. C'est qu'il n'a pas constaté que la définition que j'avais proposée, et que, dans une large mesure, la Cour a acceptée, était expressément limitée aux cas d'action en responsabilité, alors que manifestement tous les différends qui sont portés devant la Cour ne peuvent se ramener exclusivement à des actions en responsabilité, et qu'il ne peut dès lors être question de chercher dans la règle qu'il a énoncée la clé qui permet de résoudre toutes les difficultés dans l'interprétation et dans l'application des réserves temporelles.

Très précisément et pour son malheur, *l'Affaire de la Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* se situe à l'opposé de celle qui vous est aujourd'hui soumise, en sorte qu'il est vraiment téméraire de vous demander, par identité de motifs, d'adopter la même solution.

Mon ami sir Frank Soskice m'a proposé à cet égard une démonstration très simple, et de ce fait même, à mon sens, très convaincante. Avec sa permission, je vais vous demander la permission de vous la reproduire. Elle se rapporte à l'exemple proposé par M. le doyen Telles, celle d'un créancier qui réclame paiement d'une dette. Supposons que ce créancier traduise son débiteur devant le tribunal et que le créancier tienne le langage suivant: « En janvier 1959 j'ai prêté à ce débiteur 100.000 francs, il devait me rembourser au mois d'août 1959, il ne me les a pas remboursés, je demande au tribunal condamnation au remboursement de la somme. »

Le débiteur répond: « Je ne méconnaissais pas avoir reçu 100.000 francs en prêt en janvier 1959, mais j'affirme avoir remboursé à l'échéance. »

En ce cas, Messieurs, nous sommes tout à fait d'accord, la contestation qui est née au moment de la demande de remboursement trouve sa source dans le défaut de paiement à l'échéance. Telle est très exactement la situation où s'est trouvée la Cour permanente de Justice internationale lorsque, la Belgique se plaignant de l'inobservation par la Bulgarie de la force de l'autorité de chose jugée et des obligations résultant des décisions des tribunaux arbitraux mixtes, la Bulgarie a répondu: « Je reconnais que je suis liée par les tribunaux arbitraux mixtes, mais j'ai exécuté mes engagements et je ne les ai en aucune façon violés. »

Mais revenons à l'exemple de sir Frank Soskice, et supposons que le débiteur assigné devant un tribunal, au lieu de répondre « Je reconnais le prêt, mais j'affirme avoir remboursé », déclare:

« C'est vrai que j'ai reçu 100.000 francs en janvier 1959, mais je ne les ai pas reçus à titre de prêt, je les ai reçus à titre de don. Je reconnais que je n'ai rien remboursé au mois d'août 1959, mais je n'étais pas tenu au remboursement puisque je n'avais jamais rien emprunté. »

Quelle est dans ce cas la situation ou le fait d'où le différend est né? Celui, Messieurs, qui soutiendrait qu'en pareil cas le différend se rapporte à une situation ou à un fait qui se situe à l'échéance du mois d'août 1959, aurait certainement besoin de tout le talent du professeur Telles pour éviter de voir sa prétention rejetée sur les bancs. Or, je soumetts respectueusement à la Cour que tel est très exactement le cas dans l'affaire qui lui est aujourd'hui soumise. En effet, il n'y a pas de contestation de notre part du fait de l'interruption de passage vers les enclaves, tout au moins en ce qui concerne les organes et les forces de police, mais l'Inde

conteste l'existence d'un droit de passage que le Portugal fait remonter bien avant 1930 et en faveur duquel il invoque un traité de 1779 et tous les faits qui se sont écoulés depuis. Comment ne pas voir que nous nous trouvons dès lors dans la deuxième hypothèse et pas dans la première, que nous nous trouvons devant une situation inverse de celle soumise à la Cour permanente dans le cas de *l'Électricité de Sofia et de Bulgarie* et que dans ces conditions c'est la solution inverse que la Cour actuelle doit donner à la question de compétence qui lui est posée?

Messieurs, le simple bon sens me paraît du reste commander cette conclusion. Voilà plus de six semaines que nous débattons de cette affaire devant la Cour; tout auditeur, tout lecteur de journaux, du moins des journaux qui ont publié des comptes rendus succincts de ces débats, se sera aperçu qu'il y a été principalement question — à concurrence, je crois, des trois-quarts ou des quatre-cinquièmes du temps — des faits qui se sont écoulés depuis 1779 et de leur interprétation juridique. Comment l'homme de la rue comprendrait-il une décision de la Cour suivant laquelle le différend ne concerne pas la situation ou les faits qui se sont écoulés de 1779 à 1930? Certainement que sa réflexion serait que si le différend ne concerne pas cette situation et ces faits, on conçoit mal que M. le Président ait permis qu'il en soit si longtemps discuté.

M. le professeur Telles a, il est vrai, attiré l'attention de la Cour sur les conséquences tout à fait redoutables qu'aurait à son avis une interprétation des réserves temporelles qui permettrait au défendeur d'échapper à la compétence pour toute action en responsabilité en se bornant à contester le titre du droit dont la violation lui est reprochée dès que ce titre se situe antérieurement à la date critique fixée par lui: « Si cela est admis il y aura toujours contestation, et la jurisprudence même de *l'Électricité de Sofia et de Bulgarie* ne tiendra pas, car si la Bulgarie avait prévu quel était le système qui allait être formulé, elle aurait contesté l'autorité des tribunaux arbitraux, et le tour était joué et la Cour devait se déclarer incompétente. »

Je crois, Messieurs, que cette objection ne vous impressionnera pas. Il est certain que lorsque nous parlons de contestations du titre du droit, il s'agit de contestations *bona fide*, de contestations sérieuses. La Cour peut sur ce point exercer son contrôle. En l'espèce, il suffit de constater qu'il n'a même pas été allégué que l'Inde n'était pas sincère et sérieuse dans les objections qu'elle a faites au titre invoqué par le Portugal en faveur de son droit de passage.

Voilà, Messieurs, à peu près tout ce que j'avais à dire en ce qui concerne la sixième exception. Je conclus sur ce point en priant la Cour de reconnaître qu'en donnant aux mots employés par l'Inde dans sa déclaration leur acception normale, on doit admettre que la demande du Portugal n'est pas comprise dans les limites de cette déclaration.

Je n'ai qu'un mot à ajouter. En examinant les conclusions prises par le Portugal, on pourrait être tenté de considérer que notre raisonnement peut être admis en ce qui concerne la première demande, en vertu de laquelle la Cour est invitée à constater un droit de passage, mais que par contre elle ne pourrait pas être admise en ce qui concerne la deuxième demande, qui est une demande de constatation de violation du droit de passage et qui donc se rapproche du cas de l'action en responsabilité; mais à la réflexion je pense que la Cour se rendra compte que ces demandes sont indivisibles, et qu'il est rigoureusement impossible de statuer sur

la violation du droit de passage, du moment que ce droit de passage n'est pas établi et qu'on ne concevrait pas que la Cour se déclare compétente pour statuer sur la violation d'un droit dont elle n'aurait pas pu, par suite d'incompétence, reconnaître l'existence.

C'est dans ces conditions, Messieurs, que je demande à la Cour de confirmer, d'accueillir sur ce point nos conclusions.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, indépendamment de la sixième exception, l'arrêt rendu par la Cour en 1957 a réservé également et joint au fond une cinquième exception, aux termes de laquelle l'Inde écarte de la compétence des questions qui relèvent essentiellement de sa compétence nationale.

Quelques mots à ce sujet. J'avais formulé en première plaidoirie une observation quant aux conceptions exposées par M. Bourquin dans sa plaidoirie. Mes observations figurent à la page 670 (IV) du compte rendu. Je constate avec plaisir que mon estimé contradicteur et ami en a tenu compte dans la très brève déclaration qu'il a faite à l'audience du 24 octobre (p. 19 (V) du compte rendu). Je lis en effet dans le compte rendu de cette plaidoirie que pour que la cinquième exception soit applicable en l'espèce, il faudrait « ou bien qu'aucun des titres invoqués par le Portugal à l'appui de sa demande ne relevât du droit international, ou bien qu'aucun des titres internationaux qu'il invoque ne fût fondé ». Il ne faut donc pas deux conditions pour que la cinquième exception soit accueillie, il suffit d'une seule. Il suffit notamment qu'aucun des titres internationaux invoqués par le Portugal ne soit fondé. Nous voilà d'accord.

Bien entendu, cela suppose l'examen des titres. Mais il ne me paraît pas douteux que si la Cour arrive, comme nous le pensons, à la constatation qu'il n'y a ni titres généraux, ni titres particuliers, elle devra conclure à son incompétence. Dans ma première plaidoirie, j'avais constaté qu'une telle décision d'incompétence aurait exactement les effets et les mêmes motifs qu'une décision rejetant la demande et que nous nous référions à la Cour quant à son choix. Je crois que cette considération était exacte; la Cour n'a pas le choix et si elle constate l'existence des titres, c'est bien — vu les termes de la déclaration d'acceptation de compétence de l'Inde —, c'est bien à une déclaration d'incompétence qu'elle doit conclure. C'est la raison pour laquelle, dans nos conclusions, nous avons conclu en ordre principal à une déclaration d'incompétence en nous basant sur la cinquième exception comme sur la sixième.

J'en arrive ainsi, Messieurs, déjà à l'examen du fond.

Je rappelle à la Cour qu'il y a non pas deux demandes, mais quatre demandes qui sont présentées dans les conclusions du Portugal, car indépendamment de la demande de constatation du droit de passage et de la demande de constatation d'une violation du droit, il y a une demande d'injonction: qu'il soit enjoint à l'Inde de rétablir le droit, de rétablir le Portugal dans l'exercice de son droit; et il y a une quatrième demande, qui est une demande subsidiaire; qu'il soit tout au moins enjoint à l'Inde de ne pas modifier le *statu quo*.

Messieurs, comme je l'ai déjà indiqué, il est manifeste que, parmi ces quatre demandes, c'est la première qui est de loin la plus importante. C'est sur elle que, de part et d'autre, nous avons centré nos efforts.

Il s'agit de la constatation d'un droit de passage. Mais quel droit de passage? Je vous l'ai signalé dans mes premières plaidoiries, d'un droit

de passage « tel qu'il est défini ci-dessus », disent les conclusions portugaises. La Cour doit donc, pour se prononcer sur l'existence de ce droit, se faire d'abord une idée précise de la conception que le Portugal lui-même se fait de ce droit et des termes dans lesquels il l'a défini et demande qu'il soit reconnu.

Messieurs, c'est ce que nous avons voulu faire en plaidoirie. C'est une opération très simple; et je puis tout de suite rassurer la Cour, nous y avons pleinement réussi et, contrairement à ce qu'a dit M. Bourquin, il n'y a aucun désaccord entre nous en ce qui concerne la définition du droit que réclame le Portugal. Il y aurait de notre part ou de la mauvaise foi, ou une sorte de cécité, d'incapacité à comprendre si, devant les conclusions écrites qui donnaient le résumé de la pensée portugaise, nous avons eu des doutes quelconques ou commis une erreur sur l'interprétation de ce droit.

Il est dès lors tout à fait inconcevable que le professeur Bourquin nous reproche de nous efforcer jusqu'au bout de gonfler ce droit. Mais non. Les reproches de mon estimé contradicteur ne se rapportent pas à la définition du droit. Nous le savons bien. C'est un droit dégonflé. C'est un droit volontairement ramené à une mesure la plus petite possible qui apparaisse comme suffisante pour asseoir les réclamations du Portugal en ce qui concerne les événements de 1954 et la situation actuelle. Le désaccord qui existe entre nous ne porte donc pas sur la situation actuelle, mais sur l'interprétation que nous donnons au droit, tel qu'il était défini dans la requête et dans le mémoire, car mon estimé collègue et ami, M. Bourquin, estime que ce n'est pas un droit dégonflé, qu'il a toujours été présenté tel qu'il le décrit aujourd'hui.

Donc pas de discussion sur la nature de ce droit aujourd'hui réclamé. Je vous le rappelle: 1° il s'agit d'un droit de passage réclamé en faveur des personnes privées, des biens, des organes officiels, des forces de police, des troupes armées entre Damão et les enclaves, ou entre les enclaves; 2° il s'agit d'un droit existant dans la mesure requise pour l'exercice de la souveraineté de l'État dans les enclaves; 3° il s'agit d'un droit qui est soumis à la réglementation de l'État de passage, en l'espèce de l'Inde, sans autre limite que le devoir de respecter les besoins essentiels de la souveraineté portugaise et, spécialement, sans obligation aucune d'accorder ou de respecter des immunités quelconques.

Messieurs, parmi les reproches que nous avons adressés à cette définition, il y en a un que je ne vais pas reproduire sous cette forme parce que j'ai l'impression qu'après tout si la Cour estimait que ce reproche était fondé, comme je le pense, elle aurait le droit, au lieu de rejeter la définition comme incomplète, de la compléter à l'aide des éléments figurant dans d'autres parties des conclusions portugaises. Nous avons fait observer en première plaidoirie que, dans la troisième et la quatrième partie des conclusions, il y avait encore des indications importantes qui apportaient des précisions ou des réductions au droit tel qu'il avait été défini dans la première, et que dans ces conditions la définition contenue dans celle-ci était incomplète.

Eh bien, Messieurs, je vais être bon prince, nous allons la compléter. Et nous allons immédiatement rétablir dans la définition première les éléments qui figurent en troisième et quatrième parties, à savoir, qu'il doit être entendu que lorsque l'on réclame le droit de passage dans la mesure requise parla souveraineté portugaise, cela s'étend aussi à l'hypothèse d'une insurrection dans les enclaves; je dirais même volontiers, cela

s'étend surtout à l'hypothèse d'une insurrection dans les enclaves, puisqu'en cas d'insurrection dans les enclaves les besoins de l'exercice de la souveraineté portugaise apparaissent comme particulièrement considérables et impérieux.

D'autre part, il y a quelque chose que nous allons devoir retrancher du premier droit. Nous le verrons tantôt, c'est assez inattendu et dans le système c'est un ornement qui vient quelque peu défigurer l'harmonie de ce château en Espagne ou au Portugal que l'on avait construit: il y a un cas dans lequel, suivant la dernière partie des conclusions portugaises, le droit ne peut pas être invoqué, c'est lorsque son exercice est de nature à troubler l'ordre interne de l'État de passage. Eh bien, mettons tout cela dans la définition du droit dont la constatation vous est demandée. Cela devient: un droit de passage — existant dans la mesure de l'exercice de la souveraineté portugaise, soumis à une réglementation indienne qui ne connaît pas d'autre limite que ce besoin de respecter la souveraineté portugaise, notamment sans immunité, un droit qui vaut même en cas d'insurrection dans les enclaves, mais un droit qui doit parfois céder devant le besoin du maintien de l'ordre de l'État de passage.

Messieurs, ce droit a fait l'objet de notre part de deux observations.

L'une est d'importance relativement mineure. L'autre est grave.

La première est que, comme je le disais, c'est un droit dégonflé, c'est-à-dire c'est un droit qui n'a plus du tout la portée et le volume du droit qui était revendiqué dans la requête et dans le mémoire. En d'autres mots, il y a eu changement.

La deuxième observation est une critique; suivant nous, ce droit n'a pas le minimum de précision indispensable.

Monsieur le Président, ces deux observations ont été rencontrées par mon estimé collègue, M. Bourquin, et malheureusement il a cru devoir mêler les deux ordres d'idée de façon qu'il n'est vraiment plus possible, en lisant sa tentative de réfutation, de suivre le raisonnement que nous avons proposé, et que j'aboutirais à prolonger cette confusion si je le suivais pas à pas. Je vais donc vous demander de pouvoir aborder ses observations en les ramenant de façon distincte aux deux ordres d'idées, l'idée du changement et l'idée de l'inconsistance.

Il y a donc eu, suivant nous, changement survenu dans la définition du droit revendiqué. Et tout d'abord, changement en ce qui concerne le volume du droit, en ce qui concerne sa subordination à la réglementation de l'État de passage.

Quant au *primo*, Messieurs, M. Bourquin veut bien reconnaître que mon interprétation des termes de la requête est plausible, mais, dit-il, « elle ne s'impose pas ». Vous vous souvenez que la requête prévoyait que le droit comprenait

« la faculté de transit pour les personnes et les biens, y compris les forces armées et les autres soutiens du droit et de l'ordre, sans restrictions ou difficultés et de la manière et dans la mesure requises par l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur lesdits territoires ».

J'ai plaidé que la « mesure requise pour l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur lesdits territoires » se rapportait aux forces armées ou autres soutiens du droit et de l'ordre. Mon estimé contradicteur

estime que cela s'applique à toutes les modalités du droit de transit. Je n'insiste pas, Messieurs. La Cour appréciera, c'est vraiment trop secondaire pour que je m'y attarde.

Mais en ce qui concerne la subordination à la réglementation de l'État de passage, la contradiction, Messieurs, est flagrante. La requête dit que le droit de passage comprend la faculté de transit pour les personnes et pour les biens, y compris les forces armées ou les autres soutiens du droit et de l'ordre, « sans restrictions ou difficultés ». Et, de façon plus claire, le mémoire demande de dire et de juger que le Gouvernement de l'Inde doit « s'abstenir de tout acte susceptible d'entraver ou de compromettre l'exercice ».

Il est bien vrai, Messieurs, que le mot « restriction », comme il a été dit, ou les mots « sans restriction » se rencontrent dans la requête et dans le mémoire, comme ils se rencontrent dans les conclusions portugaises. Mais les mots « sans restriction » s'appliquent dans la requête et dans le mémoire à l'exercice du droit de passage, et dans les conclusions ils s'appliquent au pouvoir de réglementation de l'État de passage, c'est-à-dire à quelque chose de tout à fait différent et même d'opposé.

Mon estimé contradicteur m'a fait une autre objection, il m'a dit : « Comment pouvez-vous interpréter de la sorte la requête et le mémoire, alors qu'en réalité nous demandions dans la requête et le mémoire la continuation du régime existant et que dans ce régime nous n'avons jamais réclamé un droit de passage qui serait à l'abri de toute réglementation? »

Messieurs, l'observation est presque exacte en fait; je dis « presque exacte » parce qu'il a été indiqué et il vous sera rappelé qu'à deux reprises, en 1818 et en 1849, les autorités portugaises ont cru pouvoir s'appuyer sur les dispositions d'un traité de 1779 pour réclamer un droit de passage, même un droit de passage avec exemption de droits de douane. Mais il est vrai, Messieurs, que depuis lors il n'a plus été question de droit en ce qui concerne l'exemption de toute réglementation. Mais que nos collègues fassent attention, parce que ce n'est pas seulement en ce qui concerne l'exemption de toute réglementation indienne que le droit n'a pas été revendiqué. C'est, d'une façon tout à fait générale en ce qui concerne le passage, que le passage a très fréquemment été demandé, mais qu'il n'a jamais été demandé, depuis 1849, en vertu d'un droit quelconque que le Portugal posséderait à cet égard. Je me réfère à ce sujet à deux documents (j'aurais pu en prendre d'autres), mais des documents récents puisqu'ils se situent en 1953. L'un, c'est l'annexe 37 du mémoire portugais (note de la légation du Portugal à New-Delhi au ministère des Affaires étrangères, en date du 2 décembre 1953). Il s'agit, Messieurs, de l'exigence remise en vigueur d'un passeport et d'un visa pour les fonctionnaires européens se rendant de Damão à Nagar-Aveli. Et le Gouvernement portugais, qui réclame à ce sujet, y exprime sa grande surprise que tout à coup une mesure soudaine et injustifiée ait été prise, vu qu'elle est contraire à la « pratique internationale en semblable circonstance », — on ne dit pas: la coutume — et à la « tradition acceptée par les deux Gouvernements », — on ne dit pas: la coutume locale — et aussi « parce qu'elle va gêner l'administration desdits territoires au préjudice des populations locales », qu'elle « présente un caractère inamical » et qu'elle « ne se concilie pas avec les règles de bon voisinage et l'esprit de bonne volonté avec lequel le Gouvernement portugais considérait le problème du transit des ressortissants indiens à travers

le territoire portugais, ni avec les facilités accordées pour l'entrée en territoire portugais des véhicules des douanes indiennes ».

Je trouve une indication semblable dans une note dont, à plusieurs reprises, mon collègue, M. Bourquin, a fait état et sur laquelle je ne reviendrai plus, mais sur laquelle il faut bien que je dise quelques mots maintenant, c'est cette note du 11 février 1954 où le mot « responsabilité » a été utilisé par les autorités portugaises comme, dit-il, un avertissement solennel aux autorités indiennes relativement aux conséquences que pourraient avoir leur attitude. Il s'agit là aussi, Messieurs, du passage des fonctionnaires. Au paragraphe 7 de cette note, qui figure à l'annexe 40 du mémoire, je lis ce qui suit :

« Quant à la question de principe visée au paragraphe 2 de cette note, le Gouvernement portugais ne doute pas et, certainement, le Gouvernement indien ne doute pas davantage, qu'en vertu de conceptions internationales consacrées et acceptées internationalement, un principe de coopération a été adopté entre États voisins, ayant des territoires dans des conditions analogues, pour le libre transit de fonctionnaires qui, lorsqu'ils sont en service, doivent passer par le territoire de l'autre État. Les règles de bon voisinage et de coopération internationale, les intérêts de la population locale que les États doivent défendre et protéger, le besoin de mesures urgentes et immédiates en cas de situations individuelles ou collectives présentant à un moment donné de l'urgence, ne permettent pas des règlements restrictifs semblables à ceux que le Gouvernement indien cherche à imposer et pour lequel le Gouvernement portugais ne trouve pas de fondement dans la pratique internationale, ni dans les principes juridiques qui gouvernent la vie internationale. Il n'y a pas de tentative d'établir ici une controverse avec l'Inde de caractère doctrinal. Mais à la lumière des règles de conduite de la société des États en temps moderne, le Gouvernement de l'Inde conviendra que des raisons dominantes d'humanité et de coopération imposent souvent des devoirs et des obligations, dans le but d'éviter la dérogation à un autre principe fondamental, celui du bien-être et de la vie des populations dont les Gouvernements sont responsables. Il apparaît dès lors au Gouvernement portugais que le Gouvernement indien ne peut éviter d'accepter le principe de coopération mentionné ci-dessus dans le but de faciliter le libre transit de fonctionnaires portugais qui, dans le cours de leur devoir, doivent passer sur le territoire de l'Inde. En maintenant une attitude différente, il assumerait une grave responsabilité pour le préjudice et le dommage que souffriraient les populations intéressées. »

Et dans les quatre paragraphes suivants, 8, 9, 10 et 11, je vois rappelé à nouveau l'esprit de coopération et de bon voisinage (par. 8), le principe de coopération (par. 9), la pratique du principe auquel il est référé ci-dessus (par. 10) et le principe de coopération (au par. 11).

Or, Messieurs, je suis plus que quiconque attaché au principe de coopération internationale, mais le principe de coopération internationale est un devoir moral ou politique et pas encore un devoir résultant du droit positif. Ainsi il n'y a pas d'arguments à tirer du fait que, en ce qui concerne les personnes et les biens, l'on n'aurait jamais demandé à l'Inde l'exemption des limitations fiscales ou douanières.

Il y a donc, Messieurs, incontestablement changement d'attitude en ce qui concerne cette question. Et s'il est vrai que l'ancienne rédaction est en contradiction avec la pratique à laquelle elle se réfère, et que tout en demandant la continuation du régime, le Portugal avait en vue, comme il résulte du texte, une exemption de toute limitation ou entrave, faute de laquelle, du reste, comme nous le verrons dans un instant, le droit de passage manque tout à fait de garantie et de servitude, eh bien, Messieurs, on ne peut attribuer cela qu'à la circonstance que nos collègues, lorsqu'ils rédigèrent la requête et le mémoire, n'étaient pas pleinement informés, qu'ils se sont mépris sur la situation qui avait existé antérieurement, et que lorsqu'ils furent plus complètement documentés, ils se trouvèrent dans la nécessité de réduire le volume du droit réclamé.

Messieurs, j'entends démontrer maintenant, une fois de plus, que le droit ainsi dégonflé est un droit atrophié, que c'est un droit nébuleux, gélatineux et qui n'est pas susceptible de consécration judiciaire.

Monsieur le Président, la première chose que nous croyons pouvoir constater dans l'examen de ce droit, c'est qu'il contient deux contradictions; il contient des éléments manifestement inconciliables et qui rendent déjà en eux-mêmes impossibles l'admission et la consécration judiciaire de ce droit.

La première contradiction, c'est entre le volume du passage et la limitation aux besoins de la souveraineté. En effet, d'après la définition qui nous est donnée, le droit doit s'étendre pas seulement aux organes officiels et au passage de police, de forces armées, mais aussi aux personnes privées et aux biens.

Or, nous pensons qu'il est vraiment impossible de reconnaître comme nécessaire, pour l'exercice de la souveraineté, qu'un droit de passage soit accordé aux personnes et aux biens, et spécialement que la chose est inconcevable si ce droit doit être soumis au pouvoir de réglementation de l'État de passage sans autres limites que le respect de la souveraineté de l'État possédant l'enclave.

Monsieur le Président, M. le professeur Bourquin a rencontré cette objection à la séance du 24 octobre, et il y a répondu tout d'abord que « les conseils de l'Inde se faisaient une étrange conception de la souveraineté ». Page 15, il s'exprime comme suit: « Dire que la souveraineté s'étend à une région déterminée, cela signifie évidemment que cette région, avec sa population et les biens qui s'y trouvent, est soumise à l'ordre juridique de cet État. »

A suivi une longue démonstration qui, vraiment, était tout à fait superflue, car, bien entendu, nous n'avons pas un instant songé à contester que la souveraineté d'un État sur son territoire s'étend aux personnes et aux biens qui s'y trouvent, mais la question pour nous était de savoir si l'exercice de sa souveraineté *requérait le passage des personnes et des biens* et spécialement le passage dans les conditions décrites dans le droit revendiqué.

M. Bourquin a voulu faire aussi cette deuxième démonstration, qui était la seule pertinente, et alors il nous a dit: « Mais bien entendu que l'exercice de la souveraineté requiert le passage des personnes. » Par exemple, nous a-t-il dit, « des personnes qui sont citées comme témoins ou des personnes qui ont des prétentions dans une succession et qui doivent se rendre au siège de la province pour en discuter ». Et en ce qui concerne les biens, il nous a dit: « Mais les biens peuvent être réquisitionnés. Et puis, d'une façon tout à fait générale, vous ne contesterez

pas qu'un gouvernement soit le maître de l'économie et puisse organiser l'économie sur le territoire d'une enclave comme sur tout le reste de son territoire, et l'organiser dans l'ensemble d'une façon uniforme, en prévoyant d'éventuels déplacements de biens. »

Messieurs, ce qui nous a été répondu est tout à fait artificiel car en réalité, dans tous ces innombrables documents que nous avons alignés, il n'y a pas à mon souvenir un cas où les déplacements de personnes et les déplacements de biens répondent à ces cas exceptionnels indiqués par M. Bourquin. Lorsque les personnes privées se déplacent c'est pour des besoins privés, très généralement, neuf fois sur dix, non, neuf cent quatre-vingt-dix-neuf fois sur mille. Il est tout à fait exceptionnel qu'un individu se déplace par ordre, le droit d'aller et de venir est du reste essentiel à la personne humaine.

Et, Messieurs, en ce qui concerne les biens, tout d'abord, le Portugal est un État libéral au point de vue économique — je ne lui ferai pas l'injure de considérer qu'on peut lui appliquer l'étiquette libérale à tous les points de vues — mais ce n'est pas un État où l'économie soit organisée par l'État; il ne le pourrait du reste dans les enclaves, puisque depuis le début de son administration, il a consenti à ce que ces enclaves soient noyées économiquement dans le territoire de l'Inde. Ce qui fait que, économiquement, douanièrement, il n'a pas le contrôle des biens se trouvant dans ces enclaves, les biens entrent et sortent tout à fait librement; il n'est donc pas question qu'il ait, pour les besoins de sa souveraineté, à se préoccuper du régime du passage des biens.

J'ajoute, Messieurs, que du moment que le Portugal déclare soumettre à toutes les restrictions et les entraves résultant d'une réglementation indienne le passage des biens, à la seule limitation de ce qui est requis pour la souveraineté, il ne reste plus rien de ce prétendu droit, car je vous demande: connaissez-vous des traités généraux ou des traités particuliers où l'on ait, dans un article premier, proclamé la liberté de transit, et, dans un article deux, reconnu à l'État de passage le droit de réglementer cette limite et, notamment, en ce qui concerne les biens, de pouvoir prélever des taxes de transit sans aucune limite? Ai-je besoin de vous dire que la taxe de transit est aussi efficace que le contingentement et qu'il n'est pas difficile, par des droits élevés, de rendre le transit impossible?

Au surplus, Messieurs, si je quitte le domaine général pour regarder le domaine des relations entre l'Inde et le Portugal, je constate que très souvent ce transit a été interrompu, que des droits ont été prélevés, des autorisations requises, des prohibitions édictées, et ces prohibitions sont intervenues notamment en ce qui concerne deux produits: le sel et l'alcool. Nos adversaires ont déclaré à ce sujet, lorsqu'ils tentaient d'établir l'existence d'une coutume locale: « Ça n'a aucune importance, c'est parfaitement conciliable. » On nous a dit textuellement: « Le transit du sel et de l'alcool, mais ce n'est pas nécessaire pour l'exercice de notre souveraineté. »

Messieurs, si le transit du sel et de l'alcool n'est pas nécessaire, qu'est-ce qui le sera? En réalité, le sel et l'alcool sont précisément par excellence deux des produits sur lesquels, le plus fréquemment, l'État prélève des droits d'accises. S'il y a donc des biens qui présentent une connexité avec la notion de souveraineté, ce sont ces biens-là. Or, on nous déclare, « ça nous est indifférent ». Toutes les prohibitions, toutes les suspensions, toutes les entraves, toutes les restrictions sont considérées comme indifférentes,

comme ne faisant pas obstacle à l'exercice de la souveraineté. Dans ces conditions, Messieurs, est-ce qu'il n'y a pas une contradiction évidente? D'une part, mettre dans le droit de passage le transit des personnes privées et des biens, d'autre part, fonder ce droit sur les besoins de la souveraineté, et, d'autre part, déclarer que cela est soumis aux restrictions qu'il plaira à l'État de passage d'y imposer, sans autres limites que le respect de ces besoins.

La deuxième contradiction, Messieurs, qui est tout aussi flagrante, c'est le fait que l'on réclame ce passage pour les forces armées et de police sous la même limitation qu'ils sont sujets, eux aussi, au pouvoir de réglementation de l'État de passage, sans autres limites que le respect des besoins de la souveraineté, et qu'on y ajoute « *et notamment elle ne connaît pas d'immunité* ».

Messieurs, vous vous rendez compte du but pour lequel on met cette précision? On introduit cette exclusion d'immunité afin de pouvoir considérer que le droit que l'on revendique ne comporte qu'une simple modalité venant limiter par une obligation l'exercice normal de la compétence indienne sur le territoire de passage, et qu'il n'y a en aucune façon un empiétement quelconque sur cette souveraineté. C'est donc une question qui, au point de vue des principes, présente une grande importance.

Messieurs, M. Bourquin y a consacré d'assez longs développements. Cela occupe les pages 9 à 10 du compte rendu, mais je crois vraiment qu'il a passé à côté de l'essentiel de l'argumentation que j'avais développée. L'essentiel, ce n'est pas de savoir si les membres d'une force armée étrangère possèdent une immunité à l'égard de la juridiction répressive locale du territoire de passage.

Sur ce point, Messieurs, M. Barton dit « non », d'autres auteurs disent « oui » et il vous aura peut-être paru surprenant que sir Hersch Lauterpacht ait été invoqué dans un sens par moi et dans l'autre sens par M. Bourquin. Sur ce point précis, je reconnais que, dans une large mesure, M. Bourquin a raison. Sir Hersch Lauterpacht déclare, dans le passage que j'ai cité, qu'effectivement c'est l'opinion de la grande majorité des auteurs que les membres individuels d'une force armée étrangère se trouvant sur le territoire d'un État avec le consentement du gouvernement de cet État ne sont pas soumis à la juridiction répressive de cet État. Mais il est vrai qu'aussitôt après, figure un passage qui m'avait échappé et suivant lequel *the bulk of the practice*, le poids de la pratique est que les troupes visiteuses sont soumises à la juridiction répressive locale.

Ceci dit, puis-je ajouter que cette appréciation de la pratique m'a paru un peu singulière car, dans la note très fouillée, très documentée qui figure au bas de la page, sir Hersch Lauterpacht donne des exemples d'un nombre considérable d'accords particuliers, et l'on constate que, dans tous, il y a toujours un certain degré d'exemption à l'égard des tribunaux locaux.

Quoi qu'il en soit, Messieurs, contrairement à ce que M. Bourquin croyait, je ne crois pas avoir pris position personnellement dans ma plaidoirie à l'égard de cette question, car elle est, selon moi, tout à fait secondaire au point de vue de l'immunité (C. R., IV, p. 649). Mon effort aura tendu à vous convaincre qu'il existe un résidu irréductible et tout à fait certain d'immunité inhérent à toute force de police ou autre, ce qui rend accessoire la question de savoir si les membres individuels d'une

force armée bénéficiaient d'une immunité. Ce sur quoi j'ai longuement insisté, c'est sur le fait que des policiers en service portugais, ou qu'une troupe armée et encadrée qui traverse le territoire de l'Inde, doivent de toute façon demeurer sous l'autorité portugaise.

Cela m'a paru, Messieurs, une vérité de bon sens. Je l'ai développée par un grand nombre d'exemples. J'ai eu la satisfaction de constater que M. Telles lui-même, dans une parenthèse, avait, en théorie tout au moins, reconnu qu'une force armée se trouvant dans ces circonstances conservait de façon indélébile un caractère d'organe de la puissance publique, et je crois, Messieurs, avoir montré aussi qu'aucun auteur ne s'est trouvé en contradiction avec cette manière de voir. Notamment sir Hersch Lauterpacht parle de la soumission à l'autorité locale des membres des forces et, en ce qui concerne Barton, l'ayant relu avec soin, Messieurs, j'ai constaté avec plaisir que lorsque Barton réduit à la discipline et à l'administration intérieures le maintien de l'autorité nationale sur la force armée, en réalité, il emploie « discipline » au sens large comme comprenant toutes les règles militaires, qu'elles figurent dans le code pénal militaire ou dans le règlement de discipline, les règles notamment relatives à l'abandon de poste et au refus d'obéissance.

Messieurs, la première étude de Barton remonte à 1949. Elle ne laisse aucun doute à ce sujet. Le titre même indique qu'il s'agit de l'immunité de juridiction de recours dont jouissent les forces armées étrangères, « *Immunity from Supervisory Jurisdiction* ». Et l'auteur qui refuse l'immunité de juridiction répressive aux membres des forces armées est, par contre, tout à fait formel en ce qui concerne l'immunité de juridiction de recours. Et il donne, Messieurs, l'exemple suivant: « l'hypothèse d'un détachement suisse en Grande-Bretagne ». Il a pris, j'imagine, à dessein, une hypothèse qui n'est pas très vraisemblable. « Un soldat désobéit, il est arrêté, et il est détenu par l'autorité militaire suisse en Grande-Bretagne en attendant sa comparution. » Jusque-là il n'y a pas de problèmes pour Barton. Ce soldat a refusé l'obéissance. Évidemment, ce ne sont pas des tribunaux britanniques qui vont statuer sur la peine qui doit être infligée à ce soldat suisse. Pas de problèmes, mais, dit Barton, « se pose la question de savoir si le soldat ne peut pas invoquer l'*habeas corpus* ». Et il répond négativement, parce que, dit-il, « l'autorité britannique ne peut pas intervenir, même au nom de ce principe sacro-saint du *habeas corpus*, pour contrarier l'indispensable fonctionnement de l'autorité au sein du détachement suisse qui se trouve en Angleterre avec le consentement du Gouvernement britannique ».

Messieurs, M. Barton cite alors, non seulement la fameuse décision du *Schooner Exchange*, sur laquelle je ne reviens pas, dont il discute certains motifs mais qu'il approuve dans son ensemble et qu'il continue à considérer et à citer comme étant le cas classique dans la matière, mais il cite, indépendamment des décisions dont j'ai déjà fait état, une décision australienne de 1943 — elle est donc récente — dans une affaire *Wright c. Cantrell* et qui est reproduite à l'*Annual Digest* 43/45, c'est le cas n° 37. Dans cette décision il est également fait application du précédent *Schooner Exchange*, dont on donne une interprétation restrictive, mais voici, Messieurs, dans quels termes s'exprime le *Chief Justice* de New South Wales.

Ce que l'éminent juge, dit-il, du *Schooner Exchange* avait en l'espèce pris en considération en constatant l'immunité des troupes de passage, c'était :

« un exercice de juridiction qui empêcherait les troupes d'agir comme une force. Quelque chose d'analogue qui empêcherait un navire de guerre d'agir comme tel, en ce compris une intervention des tribunaux locaux dans le maintien de la discipline. »

Ce que le juge du *Schooner Exchange* n'avait pas en vue, c'était :

« l'exercice de la juridiction sur des soldats individuels au sujet de responsabilités encourues ou de dommages causés, peut-être sans aucun rapport avec leurs devoirs militaires ».

C'est donc tout à fait clair, Messieurs, la décision australienne, conformément à l'avis que j'ai exprimé, maintient comme une chose évidente que l'on ne peut pas intervenir, l'État qui autorise le passage ne peut pas intervenir par une voie réglementaire ou autre pour entraver l'exercice de l'autorité étrangère sur la troupe qu'il a autorisée à passer.

Messieurs, s'il en est ainsi, je crois que nous devons reconnaître que c'est de façon inadmissible, par une erreur manifeste que l'on a prétendu vous décrire l'obligation du passage revendiqué par le Gouvernement du Portugal comme ne comportant aucune immunité, même lorsqu'il s'agit de troupes passant sur le territoire indien, et que nous sommes donc parfaitement fondés à considérer, contrairement aux déclarations des conseils du Portugal, que le droit revendiqué par le Portugal ne comporte pas seulement une obligation qui viendrait limiter la compétence territoriale de l'État indien, mais encore un prétendu devoir de subir sur son territoire la présence d'organes de la puissance publique portugaise, contrairement à la souveraineté indienne sur le territoire.

[Audience publique du 3 novembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à la fin de l'audience de ce matin, j'ai tenté de vous démontrer que la définition du droit de passage, telle qu'elle figurait dans les conclusions du Portugal, était infestée de deux contradictions importantes qui à elles seules suffisaient à rendre impossible la reconnaissance du droit tel quel.

Je voudrais maintenant vous montrer qu'indépendamment de ces contradictions, elle contient un élément d'une imprécision telle que véritablement à lui seul il suffirait à faire obstacle à une consécration judiciaire. C'est cette notion des besoins de la souveraineté portugaise qui vous est indiquée à la fois comme la mesure du droit de passage du Portugal et comme la limite du pouvoir réglementaire que l'on veut bien reconnaître à l'Inde, en ce qui concerne l'exercice de ce droit de passage.

Cette notion d'imprécision, Messieurs, je crois qu'elle n'a pas été contestée de l'autre côté de la barre. Elle n'aurait pas pu l'être. La nécessité pour une règle de droit d'avoir des contours suffisamment précis a été exprimée dans des termes que j'accepte tels quels par mon estimé contradicteur, M. Bourquin, dans un cours qu'il a donné en 1938 à l'Académie de Droit international (vol. 64, p. 402), ayant pour titre *La stabilité et le mouvement dans l'ordre juridique international*. Il appliquait cette notion à la doctrine *rebus sic stantibus*. Je ne suis pas d'accord avec lui sur cette application, mais je suis pleinement d'accord avec lui lorsqu'il proclame la nécessité pour toute règle juridique d'avoir « un minimum de certitude et de précision ».

Eh bien, Messieurs, je me suis efforcé, dans ma première plaidoirie, de vous démontrer que manifestement il n'en était pas ainsi d'une règle fondée sur les besoins de la souveraineté. A supposer que, contrairement à ce que j'ai soutenu ce matin, vous considérez que l'exercice de la souveraineté peut, dans certains cas, exiger le passage de personnes privées et de biens. Dans quels cas? Pas en ce qui concerne le sel et l'alcool, nous a-t-on dit. Alors pour quels autres biens la souveraineté de l'État qui possède l'enclave va-t-elle fournir éventuellement à l'État de passage une indication quelconque quant à la limite de ses obligations? Et en ce qui concerne les policiers, combien doit-il en laisser passer? Peuvent-ils être armés? Peuvent-ils intervenir dans toutes circonstances? Leur envoi est-il vraiment bien nécessaire? Ne sera-ce pas plutôt fatal de se livrer à un déploiement de forces? N'y a-t-il pas intérêt à répondre à une agitation populaire par d'autres moyens? Si la question est examinée par d'autres que les autorités portugaises, elle pourra être appréciée sur base d'autres éléments que ceux dont dispose le Portugal et éventuellement, avec d'autres yeux, une autre mentalité que celle des administrateurs portugais. Il y a même une autre question qui se pose: un de mes confrères, M^e Le Quesne, me disait avoir été il y a quelques mois à Sainte-Hélène. Les communications à Sainte-Hélène ne sont pas beaucoup plus brillantes que du temps où Napoléon y fut enfermé. Il y a toujours exclusivement des communications maritimes et il y a un service par mois, et pourtant l'exercice de la souveraineté anglaise à Sainte-Hélène se prolonge depuis plusieurs siècles. Ne puis-je pas tirer argument de cette situation pour soutenir qu'il y a lieu de contingerter le passage, qu'on peut se contenter d'un passage une fois par mois?

M. Telles m'a accusé d'avoir soutenu qu'il était indispensable, qu'il était légitime que l'on exigeât du Portugal d'avoir dans les enclaves un système complet, à la fois au point de vue judiciaire, au point de vue culturel, au point de vue administratif. Je n'ai pas soutenu cela, mais j'ai soutenu qu'il y avait doute quant au degré dans lequel il était nécessaire de tout centraliser à Damão ou à Goa et de faire de ce malheureux district d'enclaves un territoire entièrement démuné. En tout cas, je crois avoir démontré qu'il n'est pas niable que cette notion de ce qui est indispensable à l'exercice de la souveraineté est un critère à la fois subjectif et spéculatif, puisque, dans plusieurs cas, pour apprécier si une mesure est nécessaire, je vais devoir me former une idée des effets de la mesure projetée dans les enclaves, si le passage est accordé, ou des conséquences d'une abstention, si le passage est refusé.

Messieurs, je ne recommence pas cette démonstration, mon estimé contradicteur, M. Bourquin, n'ayant pas nié l'imprécision de cette notion des besoins de souveraineté, mais il m'a répondu par deux arguments: le premier argument, c'est que l'imprécision est monnaie courante en droit des gens, et qu'en réalité la Cour, dans un arrêt récent, dans son arrêt de 1951 sur les *Pêcheries norvégiennes*, en avait donné un exemple tout à fait frappant.

J'avoue, Messieurs, que j'ai trouvé un peu étrange et décevant que mon estimé contradicteur, qui fut le grand vainqueur dans cette affaire, se montrât aujourd'hui aussi critique en ce qui concerne la règle qui était inscrite dans l'arrêt, en ce qui concerne le tracé de la ligne de base, et mit autant de zèle à tenter d'en démontrer l'imprécision.

Messieurs, rassurez-vous, à mon avis l'arrêt de la Cour vaut beaucoup mieux que ce qu'en dit aujourd'hui celui qui l'a obtenu. Quand je lis

l'extrait qu'il en a lu dans le compte rendu, à la page 20, je vois tout d'abord que, pour satisfaire aux desiderata fixés par la Cour internationale de Justice, le tracé des lignes de base « ne peut s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte ». La direction générale de la côte, ce n'est peut-être pas une notion d'une précision mathématique, mais c'est assurément un critère objectif et non pas subjectif ni spéculatif. Une autre considération fondamentale est celle « du rapport plus ou moins intime qui existe entre certaines étendues de mer et les formations terrestres qui les séparent ou les entourent. La vraie question que pose le choix du tracé des lignes de base est en effet de savoir si certaines étendues de mer sont suffisamment liées au domaine terrestre pour être soumises au régime des eaux intérieures. » C'est encore, Messieurs, une appréciation à laquelle on peut se livrer sur le vu de la carte; cette carte étant la même, on peut se fier au jugement de l'homme moyen qui apprécie cette situation, des juges et experts impartiaux qui éventuellement seront appelés à se prononcer avec les mêmes connaissances, une même disposition d'esprit. Et enfin, « il faut faire place à une considération dont la portée dépasse les données purement géographiques, celle de certains intérêts économiques propres à une région », et à première vue, ceci paraît très subjectif, mais la Cour corrige aussitôt en ajoutant, « lorsque leur réalité et leur importance se trouvent clairement attestées par un long usage ». Nous retombons ainsi dans le critère objectif et je crois donc véritablement que nous pouvons accepter la comparaison avec l'arrêt rendu en cause des *Pêcheries norvégiennes* et constater que les besoins de la souveraineté portugaise sont une notion infiniment plus subjective et imprécise que les indications données par la Cour, en ce qui concerne le tracé de la ligne de base.

La deuxième observation de M. le professeur Bourquin est la suivante: ce qui importe, dit-il, c'est, quand l'application de la règle donne lieu à certaines hésitations, de savoir qui a compétence pour l'appliquer. Après quoi, il nous explique que cette compétence, en ce qui concerne le cas des *Pêcheries norvégiennes*, appartenait incontestablement à la Norvège et que le Royaume-Uni ne l'a pas contestée, de même que, dit-il, le Portugal ne conteste pas la compétence réglementaire de l'Inde. Mais ici vous vous rendez compte tout de suite combien nous tombons immédiatement dans l'artificiel, car on conçoit que la Norvège soit le premier juge du tracé de sa ligne de base, mais il s'agit d'un droit de passage qu'on doit mesurer aux besoins de la souveraineté portugaise et il paraît extraordinaire qu'on nous présente, comme allant de soi, que le premier juge des besoins de la souveraineté portugaise, c'est l'Inde.

Eh bien, Messieurs, je regrette de le dire, mais c'est là une pure construction de l'esprit qui manifestement ne correspond en rien à l'attitude que les Parties ont adoptée pendant cent soixante-quinze ans. Vous verrez, vous reverrez les nombreux documents qui ont été échangés et dont M. l'*Attorney-General* vous parlera encore: ceux du temps de l'empire mahratte, ceux du temps de la domination britannique, ceux postérieurs à l'émancipation du territoire indien, et vous constaterez que c'est le Portugal qui a toujours fait état de ses besoins, et que l'Inde bien entendu ne s'est jamais placée au point de vue des besoins du Portugal, s'est toujours placée au point de vue des intérêts des Indiens, en disant « cela me convient » ou « cela ne me convient pas », « j'ai des objections » ou « je n'ai pas d'objections ». Ce qui confirme, Messieurs, que cette notion des

besoins de la souveraineté portugaise comme limite du droit de passage est entièrement artificielle et que cette définition du droit revendiqué est imprécise, manque de consistance et que son rejet s'impose.

Et j'en aurai fini quand j'aurai répondu à un curieux reproche que M. le professeur Bourquin nous a adressé au début de l'audience du 26 octobre, à la page 23 du compte rendu. Nous avons pendant vingt audiences combattu la demande portugaise. Il nous a dit: Pourquoi les conseils de l'Inde ont-ils une attitude tellement négative? Pourquoi gardent-ils le silence sur l'autre aspect du litige qui est pourtant très important? Un litige a toujours deux aspects: il y a la thèse du demandeur, et puis il y a la thèse du défendeur. L'Inde ne formule pas en plaidoirie aujourd'hui la thèse qu'elle oppose à celle du Portugal. Mais, nous dit M. Bourquin, nous allons suppléer à ce silence à l'aide des plaidoiries antérieures de l'Inde — je regrette, je n'y étais pas et j'avoue que je ne les ai point entièrement relues —, nous allons y suppléer à l'aide des écrits. Après quoi, M. Bourquin nous a décrit quelle était la thèse de l'Inde, comme étant la proclamation de la liberté pour tout État enclavant d'user de sa compétence d'accorder ou de refuser le transit, de la manière la plus arbitraire, même de la manière la plus malveillante, sans jamais engager sa responsabilité. Et il a conclu en disant: C'est entre cette thèse-là et la thèse du Portugal que la Cour va devoir choisir.

Je regrette, Messieurs, je vais sans doute décevoir mon estimé contradicteur, mais je ne vais pas me prononcer sur la thèse qu'il nous attribue. Je me borne à faire d'expresses réserves à ce sujet. Nous n'avons pas demandé à la Cour de se prononcer d'une manière qui, M. le professeur Bourquin le reconnaît dans sa plaidoirie, dépasserait considérablement le cas de l'espèce. Je ne sais pas, Messieurs, si au cas où, reconventionnellement, nous avons demandé à la Cour de résoudre une question aussi abstraite, la Cour aurait considéré notre demande reconventionnelle comme recevable. Mais ce que je sais avec certitude, c'est que, de même que le Portugal, à juste titre, a déclaré plusieurs fois qu'il lui appartenait en toute liberté de définir l'objet de sa demande, de même, aux termes du Règlement, il nous appartient de choisir en toute liberté nos moyens de défense, de décider si nous devons ou non présenter des demandes reconventionnelles. Or, nous n'en n'avons pas présentées. Nous ne prétendons pas nous substituer au Portugal, en ce qui concerne la définition de l'objet de sa demande, mais je demande au Portugal de ne pas se substituer à nous. Nous avons usé de notre droit en nous bornant à demander à la Cour de se déclarer incompétente ou subsidiairement de rejeter la demande du Portugal, c'est à cela que se limite le litige.

Monsieur le Président, après avoir combattu la définition du droit revendiqué, j'aborde maintenant la discussion des titres invoqués par le Portugal pour démontrer l'existence de ce singulier droit, et tout d'abord celle des titres généraux, en commençant par la coutume générale.

Je constate avec plaisir que sur la conception de la coutume générale, il n'y a pas de désaccord entre les Parties, tout au moins il n'y en a plus. Nous sommes en effet d'accord pour dire qu'il faut la réunion des deux éléments: un élément matériel qui est l'existence d'une pratique générale, c'est-à-dire d'une pratique semblable dans les divers pays civilisés et un élément psychologique, qui est défini d'une façon parfaitement

correcte dans les conclusions portugaises, d'une façon identique à la nôtre, comme constitué par le sentiment, la conscience dans les divers pays où cette pratique est relevée qu'elle correspond à une obligation juridique.

Étant ainsi d'accord sur le point de départ, nous sommes malheureusement en désaccord complet sur la présence de l'un ou l'autre de ces éléments dans le cas actuel en ce qui concerne la prétendue coutume relative au droit de passage. Car alors qu'il suffirait, pour écarter la prétendue coutume, qu'un seul élément fasse défaut, il résulte des faits et considérations exposés par mon collègue M. Guggenheim qu'aucun des deux éléments n'est présent en l'espèce.

Mon estimé collègue et ami a présenté une première observation préliminaire, qui a provoqué l'ironie de nos adversaires, il a dit à peu près : « C'est peu, ce que vous apportez comme éléments de fait pour démontrer l'existence d'une coutume générale. Les enclaves sont devenues une situation exceptionnelle, ce n'est pas de votre faute, vous avez essayé de rassembler tout ce que vous connaissiez, mais c'est très difficile, avec un aussi petit nombre de cas, de conclure à l'existence d'une règle générale commune aux nations civilisées; d'autant plus que les États qui possèdent des enclaves et les États qui se trouvent dans la situation d'accorder ou de refuser le droit de passage ne se trouvent pas voisins les uns des autres, ils se trouvent dispersés dans le monde entier; ils ne représentent en rien une communauté, il n'est donc pas même question que vous puissiez tâcher d'établir une coutume régionale pour résoudre la question des enclaves. »

Nous avons également cru pouvoir écarter rapidement les exemples anciens et l'on nous en a fait reproche. M. le professeur Bourquin reconnaît que la notion de souveraineté territoriale s'est précisée et affirmée depuis le XIX^{me} siècle mais il considère que, néanmoins, il était raisonnable de ne pas faire fi entièrement des éléments intéressants qui avaient été réunis par le professeur Bauer. Je crois, Messieurs, qu'en réalité ce serait une chose tout à fait imprudente, vu le changement survenu dans les conceptions juridiques. Cela a été exposé non seulement par les auteurs, mais aussi par des décisions judiciaires. Signalons tout d'abord ce qu'un auteur curieux et intéressant, qui fut notre prédécesseur, à M. Bourquin et à moi, à la chaire de l'université de Bruxelles, M. Ernest Nys, écrit dans une étude publiée dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, dans le septième volume, aux pages 118 à 125, relativement aux servitudes internationales; il y signale que cette notion — qui comprend notamment le droit de passage — remonte à une époque où une notion de l'État était encore dépourvue de toute précision et où le territoire était considéré, en quelque sorte, comme la propriété du prince. C'est la même appréciation que je retrouve dans la sentence arbitrale des *Pêcheries de l'Atlantique Nord*, de 1910, d'où j'extraits, à la page 167 de la sentence telle qu'elle est reproduite dans le recueil de James Brown Scott, que cette règle de servitude :

« avait sa source dans des circonstances particulières aujourd'hui disparues, qui ont existé dans cet empire romain où les *domini terrae* n'étaient pas pleinement souverains, ceux-ci tenant la terre sous l'autorité de l'empire romain, leur droit étant en outre plutôt de nature civile que publique, participant plus au caractère de *dominium* qu'à celui de *imperium*, et par conséquent n'était certainement pas une complète souveraineté ».

Et, Messieurs, cela explique que l'on trouve dans un auteur comme Vattel, au livre 3, chapitre 7, paragraphe 119, l'indication de la règle du passage inoffensif qui s'applique pour lui sur terre comme sur mer, et qui bien entendu n'est pas limitée à l'hypothèse des enclaves. Vattel écrivait au XVIII^{me} siècle; vous vous rendez compte qu'il ne peut pas être question dès lors d'aller chercher dans la pratique du passé lointain une indication quelconque quant à l'existence d'une règle de coutume générale actuelle.

Je crois donc qu'il est prudent, de prudence élémentaire, de s'en tenir aux enclaves existant actuellement. L'on en a découvert huit, dont trois sont régies par des conventions particulières. M. le professeur Bourquin a reproché à mon collègue M. Guggenheim de s'en être tenu à ces dernières et de ne pas avoir parlé des premières. Je rends, Messieurs, la Cour attentive au fait que s'il est démontré que dans une ou deux de ces enclaves il y a manifestement absence du prétendu droit de passage que l'on nous présente aujourd'hui comme une règle coutumière, cela suffirait pour qu'il ne puisse plus être question d'une pratique générale. Il suffirait que nous fassions sauter un ou deux des chaînons de cette chaîne pour qu'il n'y ait plus de chaîne présentable devant la Cour. C'est sous réserve de ces observations que je passe très rapidement en vue les huit cas.

Le premier, c'est le cas de Mechval. Mechval, c'est une toute petite localité comprenant peut-être quelques centaines d'habitants tout au plus, située en territoire indien au milieu de l'enclave litigieuse. Au sujet de Mechval, je le regrette, mais ni d'un côté, ni de l'autre nous ne savons rien, nous n'avons pas de documents. Qu'est-ce qui s'est passé en ce qui concerne les biens? Rien, sans aucun doute, puisque le territoire de l'enclave tout entier faisant partie de l'Union économique, *a fortiori* Mechval, qui était terre indienne, faisait partie de l'économie indienne. Mais en ce qui concerne les organes officiels, les forces de police non plus, il n'y a pas d'indication quelconque quant à la pratique qui a été suivie, quant aux besoins qui ont pu se présenter d'un passage quelconque vers cette enclave.

C'est la même situation en ce qui concerne la plus grande des enclaves qui existent au monde, de très loin; cette enclave, le Basutoland, comprend 700.000 habitants; or, au sujet des modalités du passage qui pourrait s'effectuer, on ne nous indique rien non plus. A vrai dire, nous avons émis des doutes quant au point de savoir si le Basutoland était véritablement une enclave. On a repoussé ces doutes avec surprise et indignation. Je m'explique, ils sont pourtant assez naturels: le Basutoland est un territoire que se trouve encore sous régime colonial britannique, mais il se trouve isolé en Union sud-africaine. Or, l'Union sud-africaine est assurément un État distinct de la Grande-Bretagne, mais il fait partie du *Commonwealth*. Quels sont les droits de passage qui ont été exercés en ce qui concerne le Basutoland? Et par quelle voie? Je me le suis demandé sans parvenir à résoudre la question. Le territoire étant enclavé, c'est vraisemblablement par un port que le Basutoland doit communiquer avec la Grande-Bretagne; est-ce le port de East London, qui se trouve à 150 milles, ou un autre port, Port Elisabeth, qui se trouve à 200 milles, tandis que la ville du Cap est distante de plusieurs centaines de milles du Basutoland? Mais j'ai appris quelque chose de plus curieux et qui vous montre combien il est impossible de tirer quoi que ce soit de cet exemple. J'ai recherché quel était l'administrateur qui dirige l'exécutif

dans le Basutoland, et avec lequel la communication devait être établie sur place. Eh bien, cet administrateur, c'est le haut commissaire britannique en Afrique du Sud, qui siège tantôt à Prétoria, tantôt au Cap, donc en territoire étranger, il n'est donc pas question pour lui d'un droit de passage de territoire britannique en territoire britannique, il se trouve dans le territoire que nous appellerons territoire intermédiaire.

Enfin, Messieurs, au cours de cette petite recherche qui commença il y a quelques jours m'est apparue une chose plus curieuse, c'est qu'il y a un autre territoire britannique, également enclavé, dont on n'a pas fait état, qui est le Swaziland. Mais le Swaziland est un territoire qui, bien qu'étant isolé de la mer et donc de la Grande-Bretagne, touche à la fois à l'Union sud-africaine et au Mozambique. Le port le plus proche, de loin, est Lourenço Marques en Mozambique. Le Mozambique, c'est portugais et c'est ce qui m'intéresse beaucoup, car vraiment, si le droit de passage existe, il semble que ce doive être à travers le territoire portugais. Or mes contradicteurs n'en savent rien! Voilà donc un droit de passage qui existerait en vertu d'une coutume générale, et le pays à travers lequel le droit de passage devrait s'exercer, ce pays ne s'en est jamais douté. Voilà en ce qui concerne le Basutoland.

Sur le troisième cas invoqué, celui de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda, la Cour me dispensera de m'attarder longuement. Il y a bien, il est vrai, un certificat du Quai d'Orsay, et nous n'en avons rien dit. Vraiment, Messieurs, est-ce que ça valait la peine? Le Portugal occupe dans ce petit village du Dahomey un fort, il s'y trouve un officier portugais et quelques hommes, et, nous indique le certificat français, il n'y a pas de population dans le fort, tandis qu'il y a vraisemblablement une population autour du fort, il n'y a donc pas de transit, ni transit de personnes privées, le problème n'existe pas, ni transit de biens, si ce n'est pour le ravitaillement de la population; en ce qui concerne la police, eh bien, Messieurs, je suppose qu'il n'est pas besoin d'un droit de passage pour exercer la police dans le fort au sein de la garnison, la seule indication que nous ayons c'est que le capitaine a le titre de résident, qu'il jouit de la franchise douanière pour ses besoins personnels et qu'il a, tenez-vous bien, une automobile avec une plaque CD. Très intéressant ça pour établir l'existence de certains privilèges diplomatiques qui flattent énormément ce distingué militaire portugais, mais on voit mal le rapport que cela présente avec le problème qui nous occupe. Quant aux soldats, on nous assure qu'ils peuvent sortir tous les soirs en ville, mais la réciproque n'est vraisemblablement pas vraie et j'imagine que même si d'aventure parmi les habitantes de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda il y en a l'une ou l'autre qui les a séduits, il lui est interdit de s'introduire dans le fort; c'est donc un droit de passage à sens unique. Pour le surplus, Messieurs, cette garnison ne s'est jamais révoltée et nous ne savons donc pas si l'autorité française aurait autorisé éventuellement une troupe portugaise à débarquer pour prendre d'assaut ce vestige historique, suivant l'appellation qui lui est donnée, d'une ancienne souveraineté portugaise. On se demande vraiment en vain quelles preuves on peut tirer de cet exemple en faveur de l'existence d'un droit de passage général.

Il y a alors, Messieurs, les enclaves belges et néerlandaises; à ce sujet nous possédons deux attestations, l'une néerlandaise pour l'enclave belge et l'autre belge pour l'enclave néerlandaise. La première est la plus détaillée; elle est muette sur le régime des biens; en ce qui concerne les

personnes privées, elle nous expose que la localité étant située dans une région frontalière, les habitants de ce territoire belge se trouvent dans la situation de tous les habitants de la région frontière et qu'il n'y a pas de règle spéciale. Il est vraiment très difficile, dans ces conditions, de conclure à l'existence de règles spéciales relatives au droit de passage des enclaves. J'attire respectueusement l'attention de la Cour sur le fait que, à ma connaissance, dans presque tous les pays il existe des dispositions spéciales pour la région frontalière, que ces dispositions spéciales sont vraisemblablement très semblables sans que l'on ait jamais songé à en déduire l'existence d'une coutume générale. Quant à la circulation des autorités belges, y compris des gendarmes armés, on nous dit qu'elle se fait librement depuis un temps immémorial. Le certificat belge est plus bref, le Gouvernement belge dit qu'à tous les points de vue la circulation est libre et il emploie, lui, l'expression « coutume », disant que cette coutume remonte au XV^{me} siècle.

Messieurs, je reconnais très volontiers, voulant demeurer objectif, que les enclaves belges et néerlandaises pourraient fournir un commencement de chaînon en faveur de l'établissement d'une pratique générale. Mais ce commencement de chaînon est demeuré isolé. Et comme vous allez le voir, il est entièrement détruit par les indications que nous avons recueillies en ce qui concerne les enclaves faisant l'objet de traités.

En ce qui concerne ces enclaves — il y en a trois — elles sont intéressantes, Messieurs, parce que si la Cour veut bien y réfléchir, l'existence de conventions particulières ne démontre sans doute pas à elle seule qu'il n'y a pas de règle générale, mais s'il y a une règle coutumière générale consacrant le droit de passage que le Portugal réclame, il y a une forte présomption que je dois trouver au minimum dans la convention particulière la consécration de ce droit, car on ne comprendrait pas qu'un État qui possède une enclave ait consenti à abandonner par une convention particulière des droits de passage qu'il tenait du droit commun. Il faut donc que je trouve dans les conventions particulières le droit tel qu'il a été défini et qu'on vous demande de reconnaître. Or, nous allons constater que non seulement on ne l'y retrouve pas, mais qu'il est formellement exclu, pas par une, mais par chacune des trois conventions particulières.

Il s'agit tout d'abord de Campione. Campione, c'est une jolie localité italienne au bord du lac de Lugano; elle est entourée de territoire suisse. M. Guggenheim, mon collègue, avait reproché à M. Bourquin de s'en être tenu à une attestation du Gouvernement fédéral qui résumait de façon incomplète les données de la convention de 1923, sans s'en référer à celle-ci. M. le professeur Bourquin a répondu avec optimisme qu'en réalité cela était sans importance puisque les fonctionnaires et organes de police pouvaient se rendre à Campione par bateaux ordinaires, seuls les bateaux de police étant interdits.

La Cour se souviendra que cette convention de 1923 contient des dispositions assez détaillées et qui ont été résumées vraiment de façon très sommaire dans la note fédérale qui avait été produite par les conseils du Portugal. M. Guggenheim vous a montré qu'il résulte de l'article 2 de la convention de 1923 que les bateaux servant à des buts militaires de douane et de police ne doivent pas franchir la ligne politique, exception étant faite pour les bateaux de douane sur le lac de Lugano, et les bateaux italiens affectés au service de la douane, qui peuvent dans des cas exceptionnels franchir la frontière politique; ces passages n'auront

lieu que de jour, sans arrêt, ils seront annoncés à la direction des douanes suisses à Lugano au plus tard la veille du jour auquel ils devront avoir lieu, ces transports pourront être soumis à la visite douanière suisse. Sera accordé sous les mêmes réserves, dans les mêmes conditions le passage d'agents de la police italienne sur des bateaux de douane ou sur des bateaux ordinaires; les bateaux affectés au service de la douane et ceux transportant des agents de police ne pourront accomplir dans les eaux suisses aucun acte officiel ni aborder en territoire suisse. Et puis, Messieurs, il est stipulé que les policiers sont limités au nombre de six, que le transit terrestre est interdit, que lorsque les policiers voyagent par navire ordinaire ils doivent déposer leurs armes, que le passage de la force armée est rigoureusement interdit, tout cela en vertu des dispositions qui vous ont été citées par M. le professeur Guggenheim, tandis que rien n'est prévu, ni dans le certificat, ni dans la convention, en ce qui concerne les personnes privées et les biens. Il y a même quelque chose de plus curieux, c'est que, d'après le certificat fédéral, le Gouvernement portugais n'a même pas interrogé le Gouvernement fédéral, ni pour Campione, ni pour Büsingen, sur l'existence d'un droit de passage quelconque en ce qui concerne les biens, et pourquoi ne l'a-t-il pas fait? Mais, Messieurs, parce que Campione et Büsingen, aussi bien que les enclaves indiennes, font partie du territoire étranger environnant, et que dans ces conditions le passage des biens se confond entièrement avec le passage de biens en provenance ou à destination du territoire environnant. Ainsi, on doit payer des droits de douane pour exporter d'Italie ou d'Allemagne vers Campione ou Büsingen, comme s'il s'agissait d'un territoire suisse, et s'il y a des droits de sortie suisses, on doit payer lorsqu'on fait sortir des biens des enclaves à travers le territoire suisse, comme s'ils sortaient directement du territoire suisse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, un mot encore en ce qui concerne Campione — deux mots.

Le premier pour vous signaler que le traité de 1923 qui a été cité par mon collègue, M. Guggenheim, figure dans le volume XIII du *Recueil systématique des lois et ordonnances helvétiques*, exemplaire qui nous a été procuré à l'ambassade suisse à La Haye.

Le deuxième pour indiquer que mon collègue, M. Bourquin, vous a dit que cette disposition que nous citions, si draconienne qu'elle semble à première vue, était assurément suffisante pour l'exercice de la souveraineté italienne sur Campione, puisque par des bateaux ordinaires les policiers pouvaient s'y rendre. Tel est peut-être l'avis de M. le professeur Bourquin, mais tel n'était certainement pas l'avis des autorités italiennes. En 1923 l'Italie est dirigée par le *duce* Mussolini qui considère sans aucun doute comme extrêmement vexant de se trouver limité à six policiers italiens, de leur voir déposer les armes, de ne pouvoir aborder un territoire italien que dans des navires battant pavillon suisse, des navires habituels, sans que des navires de police italienne puissent traverser les eaux suisses pour y arriver. Et le résultat c'est qu'il insiste, la *Feuille fédérale* nous le dit. Il considère, lui, que les besoins de sa souveraineté exigent davantage. Il insiste pour obtenir des navires de police, les négociateurs suisses tiennent bon, la seule chose que l'on concède, c'est d'inscrire dans le traité une disposition suivant laquelle l'état actuel des choses demeurera sans changement aussi longtemps que les deux parties contractantes n'auront pas passé des accords spéciaux. La *Feuille fédérale* nous indique la portée précise de cette disposition: c'est l'ajournement de la demande

italienne d'avoir accès avec des bateaux de police, ajournement *sine die*, car les accords spéciaux n'ont jamais été négociés, n'ont jamais été conclus.

Voyons maintenant, Messieurs, le deuxième accord relatif à Büsingen.

La Cour se souviendra que le Portugal s'est appuyé également à ce sujet sur un certificat fédéral qui a entraîné de la part de mon collègue, M. Guggenheim, une rectification ou une précision.

Constatons tout d'abord que mon collègue et ami avait le droit de discuter, ce qui dans certains pays pourrait paraître bizarre, un certificat établi par le département des Affaires étrangères. Il est des pays où une attestation du département des Affaires étrangères sur un point de droit international, spécialement d'interprétation des traités, lie les tribunaux. J'imagine que dans ces pays, c'est le cas en France et en Grande-Bretagne, l'attestation revêt une certaine forme, qu'elle est signée du ministre ou par procuration de son délégué, et qu'elle ne se présente pas sous la forme d'une note anonyme, comme celle qui est reproduite dans les documents. De toutes façons, pas plus en Suisse qu'en Belgique, l'interprétation du département des Affaires étrangères ne lie le pouvoir judiciaire, *a fortiori* ne peut-il pas être question qu'une juridiction internationale se sente le moins du monde embarrassée par l'interprétation donnée par le département fédéral sur une convention conclue par la Suisse.

Je dois aussi, à la demande de M. Guggenheim, relever l'affirmation qu'il aurait dit que l'attestation du département était « inexacte » et que le Gouvernement suisse avait « induit en erreur le Gouvernement portugais ». Vérification faite dans le procès-verbal, il a déclaré que le certificat était « équivoque et pas suffisamment explicite ». Qu'est-ce qu'il avait en vue? Il avait en vue cette déclaration contenue dans la note suisse suivant laquelle l'article 2, alinéa 1, de la convention conclue le 21 septembre 1895 entre la Suisse et l'Allemagne était la seule disposition conventionnelle ayant trait au transit d'organes allemands se rendant sur le territoire de la commune en question. « La seule disposition conventionnelle »: Messieurs, il est possible que l'agent qui a rédigé cette note ait interprété le mot « conventionnel » dans le sens le plus strict et je dirais le plus formel, comme ayant trait à une convention en bonne et due forme, et qu'il ait considéré qu'un échange de notes n'était pas, à ce point de vue, une disposition conventionnelle. Il est possible aussi qu'il ait tout simplement ignoré l'existence de l'échange de notes — et il aurait une certaine excuse dans le fait que l'échange de notes ne figure pas dans le volume XII du *Recueil des lois et ordonnances* où est publiée la convention de 1895 qui a trait au trafic frontalier et à la circulation frontalière, mais qu'il figure dans le XIII^{me} volume du *Recueil*, dans un chapitre intitulé « *Transports et communications, transports par chemin de fer* » — qu'il ait perdu de vue que dans un accord appartenant à cette catégorie figurait une disposition de la plus haute importance pour la question posée.

Quant au contenu de cet échange de notes de 1928, M. le professeur Bourquin a considéré, sur la foi du certificat fédéral, comme au moins douteux qu'il s'applique à Büsingen. Je crois, Messieurs, que quand vous verrez le document en question, vous constaterez que véritablement aucun doute ne peut exister à cet égard, car en réalité le nom de Büsingen se retrouve dans le texte même des deux notes échangées. Il est expressément prévu, à titre d'exemple, que, notamment, le transit

des militaires suisses (c'est à l'article 2, 3^o) pourra s'effectuer sur les tronçons des routes badoises de Büsingen. On se demande véritablement comment, pour quelle raison, il aurait été fait mention à titre exemplatif de Büsingen comme tombant sous l'application de cet échange de notes en ce qui concerne un des articles, alors qu'il y échapperait pour les autres. S'il en était ainsi, il paraît évident qu'il y aurait eu une réserve. Il n'y a pas de réserve. Je suis donc en droit de considérer comme certain que l'échange de notes s'applique à Büsingen.

Au surplus, Messieurs, Büsingen est dans la région frontière, et vous savez par l'exemple de Baarle-Nassau, par la déclaration que vous ont faite les Hollandais, que la législation sur les régions frontières s'applique de plein droit, sans mention spéciale, aux enclaves, à moins qu'il n'y ait une disposition spéciale en sens contraire.

Ajoutons surabondamment que, à ma connaissance, la seule monographie importante qui existe sur le régime frontière en Suisse (*Rechtverhältnisse der Schweizer Grenze* de Becker, 1931, p. 20, note 25) présente comme allant de soi, comme n'étant pas discutable, que Büsingen se trouve régie, notamment, par l'échange de notes de 1928.

M. Bourquin veut du reste bien admettre par hypothèse qu'il en soit ainsi. Mais selon lui, cela ne nous avance pas.

Mais ceci fait, je me demande vraiment s'il n'a pas eu un moment d'inattention lorsqu'il a entendu la plaidoirie du professeur Guggenheim, parce que dans cette plaidoirie le professeur Guggenheim citait le *nota bene* inséré dans le texte de cet échange de notes sous le 4^o (le 4^o a trait au passage des agents de police isolés et exceptionnellement groupes d'agents de police en uniforme, armés et portant les munitions de route nécessaires) et le *nota bene* est rédigé comme suit :

« Un service destiné à prévenir des désordres politiques ou économiques imminents, ou à les réprimer, au cas où ils auraient éclaté, n'est pas compris dans les termes « service courant » de l'alinéa premier ci-dessus. »

Voilà, je crois, une disposition d'une gravité exceptionnelle. Car ne nous le dissimulons pas, c'est en vue de prévenir ou de réprimer des désordres politiques que le droit de passage était demandé en juillet-août 1954.

Nous avons l'indication formelle que le Gouvernement suisse a expressément stipulé à l'égard de l'Allemagne qu'il ne pouvait pas être question de tolérer un droit de passage en pareille circonstance.

C'est évidemment une convention particulière, mais croyez-vous que l'Allemagne aurait signé une pareille convention particulière, si elle avait cru pouvoir disposer d'un droit illimité en vertu d'une coutume générale?

Au surplus cette disposition relative à Büsingen a une origine historique, qui à la fois l'explique et en souligne l'importance. Car elle est unique. C'est une chose curieuse, elle ne se rencontre nulle part ailleurs. Pourquoi cette précaution des Suisses à l'égard de l'Allemagne? Ils ne l'ont pas prise expressément à l'égard de l'Italie. Et on ne la trouve pas davantage dans le traité français relatif à Livvia. Pourquoi à l'égard de l'Allemagne? Parce qu'il y avait eu l'événement de 1849, qui était très connu en Suisse, dont il est question dans les ouvrages de Rappard, qui est un des incidents pittoresques et intéressants de l'histoire de la neutralité suisse.

Le récit en avait été fait par M. Guggenheim et notre estimé contra-

dicteur, M. Bourquin, a cru devoir reprendre ce récit, mais il l'a fait, sans doute dans un désir de concision, d'une manière qui a considérablement déformé le texte. Cela figure, sauf erreur, au compte rendu, page 36. Voici le récit qui nous est fait par M. Bourquin :

« Le 21 juillet 1849, un bateau venant de Constance et transportant 170 hommes de troupes hessoises descendit le Rhin et les soldats pénétrèrent à Büsingen.

Le récit du professeur Guggenheim pourrait faire croire qu'il s'agissait de forces armées en mission officielle, chargées par les autorités allemandes d'accomplir des actes de souveraineté dans l'enclave.

Or, il n'en est rien. Les documents qui ont été publiés dans la *Feuille fédérale suisse* de l'année 1849, au tome II, relèvent ce qui suit :

- 1) « L'occupation par une compagnie de Hessois de l'enclave badoise a été effectuée à l'insu et sans la volonté du commandant général des troupes de l'Empire » (p. 365) ;
- 2) Le passage a été effectué :
« sans consulter ou en informer les autorités suisses » (p. 318) ;
- 3) Les soldats qui se trouvaient à bord du bateau :
« ont été cachés sous le pont » pendant la traversée de Stein, ce qui devait éveiller le soupçon « qu'ils avaient l'intention de causer une surprise » (p. 318).

Il ne s'agit donc aucunement d'un acte officiellement accompli en vue d'exercer la souveraineté dans l'enclave de Büsingen. Il s'agit d'une entreprise irrégulière et clandestine.

La violation du territoire suisse était incontestable et la réaction de la Suisse se comprend aisément. Il ne s'agit évidemment pas d'une activité à laquelle pourrait s'appliquer le droit de passage dont il est question dans le présent litige. »

Messieurs, quand j'ai lu cela, j'ai été tout de suite intrigué par le fait que des trois extraits, le premier était emprunté à la page 365, le deuxième et le troisième à la page 318, et je me suis demandé pourquoi on présentait ces extraits dans un ordre inverse de celui où ils figurent régulièrement.

Et alors, Messieurs, j'ai repris ce volume de la *Feuille fédérale* dans votre bibliothèque et j'ai revu quelle était en réalité la nature des circonstances qui s'étaient produites.

En ce qui concerne le premier document, le plus ancien — page 318 —, c'est un extrait du rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale de la Confédération suisse sur l'armement causé par suite des événements survenus dans le Grand-Duché de Bade. Et voici ce qu'on y lit :

« Le 21 juillet de bonne heure, un bateau à vapeur descendit le Rhin, venant de Constance, portant 170 hommes de troupes hessoises au service de l'Empire dans l'intention de procéder à des mesures d'exécution à Büsingen. »

« Dans l'intention de procéder à des mesures d'exécution à Büsingen. » Il ne s'agit donc pas, Messieurs, d'une opération qui n'avait aucun but d'action publique, d'action de police, il s'agit d'une action qui a ce but,

et nous verrons tantôt avec plus de précision ce que c'était, ces mesures d'exécution à Büsingen. Alors on nous explique que comme cette localité forme une enclave badoise dans le canton de Schaffhouse et qu'à une certaine distance les deux rives du Rhin sont délimitées par le territoire suisse, cette compagnie a dû incontestablement passer par le territoire de la Suisse sans consulter ni en informer les autorités suisses. La circonstance que ces hommes, dans leur traversée par Stein, ont été cachés sous le pont dut au moins éveiller le soupçon qu'ils avaient l'intention de causer une surprise. Une surprise à qui, Messieurs? Aux habitants de Büsingen, où ils allaient procéder à des mesures d'exécution.

Et qu'est-ce que c'est alors ce document qui figure à la page 365? Ce document-là, c'est un rapport qui est fait au Conseil national de la Confédération helvétique par la commission, par les rapporteurs de la commission qui avaient été nommés pour examiner cette affaire.

Et, Messieurs, cette commission reproduit la déclaration qui avait été demandée par le commissaire fédéral et expédiée par le fondé de pouvoir des troupes impériales, le 29 juillet 1849, comme condition préalable pour négocier l'évacuation des troupes allemandes qui se trouvaient à Büsingen. Car on n'entendait pas les laisser passer. Le Gouvernement suisse, protestant contre cette violation de son territoire, refusait de laisser repartir les 170 hommes et avait mobilisé pour les empêcher de quitter. Et la déclaration qu'il obtient est une déclaration d'explication et d'excuses, mais elle nous donne l'indication très nette sur la nature des faits:

Le premier paragraphe est celui qui est cité par M. le professeur Bourquin, que l'occupation par une compagnie de Hessois de l'enclave badoise a été effectuée, le 21 juillet 1849, en profitant de la voie du Rhin, à l'insu et sans la volonté du commandant général des troupes de l'armée. Mais cela ne veut pas du tout dire que ce soit un acte d'initiative de ces soldats. Vous allez voir de suite que c'est bel et bien à la demande de certaines autorités allemandes.

Le paragraphe 2 stipule: « que lors de l'occupation de Büsingen, on n'a nullement eu l'intention de violer le sol neutre de la Suisse ou de porter atteinte de quelque manière que ce soit aux droits de la Confédération. Qu'au contraire, l'expédition de Büsingen a eu lieu de la part du commandant de la 1^{re} division » — ce n'est pas un sous-ordre de rien du tout, c'est quelqu'un qui assurément engageait la responsabilité des autorités allemandes — « en suite d'une demande des autorités administratives du Grand-Duché de Bade, » — donc, l'autorité civile a provoqué l'intervention de l'armée — « uniquement dans le but d'opérer le désarmement de Büsingen. » Ainsi, il s'agissait bien d'une opération d'autorité publique pour laquelle on s'est rendu à Büsingen, — « comme cela a été mis à exécution dans toutes les autres localités du Grand-Duché de Bade et pour parer à d'autres inconvénients ». Enfin, aux termes d'un dernier paragraphe, « la prédite occupation de Büsingen ne peut absolument pas constituer un préjudice quelconque ni contre la neutralité suisse, ni sur la question de savoir si le Gouvernement du Grand-Duché de Bade a le droit dans les endroits du Rhin où les deux rives font partie du territoire suisse de le considérer comme cours d'eau commun et en particulier comme voie militaire ».

Ainsi, Messieurs, vous voyez que le Gouvernement suisse stipule, exige et obtient une déclaration constatant formellement que le Gouvernement allemand ne prétend pas que les troupes aient agi en vertu

d'un droit de passage qui leur appartenait en vertu d'une coutume générale.

Et vous comprenez alors la portée de cette disposition exceptionnelle que le Gouvernement suisse fait insérer dans l'échange de notes de 1928, lorsque les Allemands lui demandent de consolider le régime des régions frontalières, y compris en ce qui concerne Büsingen.

[Audience publique du 4 novembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il me reste un cas à examiner au point de vue de la pratique générale ou de la prétendue pratique générale par laquelle les conseils du Portugal entendent établir l'existence d'une règle coutumière.

Cette enclave, Messieurs, est d'une actualité amusante, puisque sa création remonte au traité des Pyrénées dont on célèbre ces jours-ci le troisième centenaire. C'est en effet le 7 septembre 1659 qu'a été créée l'enclave de Llivia.

Elle a fait l'objet d'une note du ministère des Affaires étrangères de France délivrée au Portugal à la demande de son ambassadeur et qui est reproduite à l'annexe 22 du volume des annexes à la réponse portugaise aux exceptions préliminaires de l'Inde.

Cette annexe relate l'existence d'un premier traité de 1660 qui a réglé la question du droit de passage, mais signale qu'il a été modifié plusieurs fois dans la suite, finalement par un traité de 1866, conclu donc sous le Second Empire, dont les dispositions sont encore en vigueur.

Il est déplorable de constater qu'encore une fois ce certificat est un certificat manifestement incomplet, car il a omis de faire la moindre mention d'un article 3 qui est essentiel pour la question qui nous occupe et dont nous devons la découverte au professeur Guggenheim. Celui-ci, en se préparant pour sa plaidoirie a eu le don essentiel de scepticisme et de prudence que doit avoir tout bon juriste lorsqu'il se trouve en présence de résumés ou de citations; il a recherché le texte original et il a constaté que le traité, conclu le 26 mai 1866, contient un article 3 ainsi conçu:

« La situation exceptionnelle de Llivia dont le territoire est enclavé en France et surtout les sinuosités et le caractère abrupt des Pyrénées obligeant les frontaliers français et espagnols à emprunter le territoire voisin dans diverses localités pour aller d'un point à un autre de leur propre pays, les uns et les autres continueront à jouir de la franchise nécessaire à leur libre circulation dans ces passages, mais à la condition expresse qu'on ne quittera pas le chemin et qu'il sera formellement interdit au service des agents étrangers de la force publique. »

C'est évidemment une disposition qui rappelle celle de Campione, mais qui est beaucoup plus draconienne que celle que nous avons vue dans le cas de Büsingen. D'une façon tout à fait absolue, il est fait défense aux gardes civils d'Espagne de traverser le territoire français pour se rendre à Llivia.

Messieurs, on conçoit que cette révélation ait embarrassé les conseils du Portugal. Ils se sont montrés fort discrets à cet égard. Aussi ils se sont bien gardés de la citer. A trois reprises, cependant, M. le professeur Bourquin a parlé de Llivia.

Tout d'abord, à la page 499 (IV) de l'exposé qu'il a consacré à la coutume générale, pour reconnaître que Llivia présentait cette singularité également gênante, c'est que le droit de passage y avait été consacré et réglementé à une période contemporaine de la création de l'enclave par un premier traité de 1660, suivant à moins d'un an le traité qui avait constitué l'enclave. Il ne pouvait donc pas être question d'attribuer le régime à une coutume générale. Mais la question se posait de savoir dans quelle mesure la règle dont on affirmait l'existence se trouvait confirmée ou contredite par le traité particulier qui était intervenu. M. le professeur Bourquin a espéré s'en tirer en disant : Sans doute, c'est vrai que dans ce cas-ci le droit de passage n'a pas trouvé sa source dans la coutume générale, mais le fait qu'il s'est maintenu avec des modalités variées pendant trois siècles démontre qu'il correspond tout de même à une nécessité et confirme l'existence d'une règle coutumière.

Mais, Messieurs, tout cela n'explique pas cette clause du traité qui interdit le passage des agents de la force publique. S'il y a démonstration d'une nécessité, elle diffère considérablement de celle dont le Portugal se réclame ! Comment va-t-on sortir de cette objection qui à première vue paraît décisive ? Eh bien, on a tenté de s'en débarrasser en tirant bien imprudemment argument du caractère spécial à Llivia, à savoir que sa démilitarisation était stipulée dès 1660. Comment est-il possible, Messieurs, que mes estimés contradicteurs aient eu l'imprudence de parler de démilitarisation ? Est-ce qu'ils oublient que le traité de 1779 entre l'empire Mahratte et le Portugal, si traité il y a, contient un article 17 qui précisément interdit l'érection de forts quelconques, dans les mêmes termes que le traité de 1659 ? Ce qui fait que si c'est à la démilitarisation que l'on attribue l'interdiction du passage de forces militaires, comme nous nous trouvons dans la situation identique, il faut conclure à une semblable interdiction.

Vraiment je crois que j'aurais mauvaise grâce d'insister. Ainsi l'examen auquel j'ai procédé des huit cas d'enclaves existant actuellement ne laisse vraiment aucune possibilité quelconque de prétendre à l'existence d'une pratique générale, favorable à un droit de passage militaire, alors que dans les trois cas où nous nous trouvons en présence de documents sérieux, de textes précis et clairs, après rectification des attestations assez superficielles que l'on s'était fait délivrer par les chancelleries, on constate que, ou bien le passage est rigoureusement interdit comme à Llivia, ou il est limité en effectif et en mode de transport comme à Campione, ou bien, comme à Büsingen, il est expressément exclu quand il s'agit de prévenir ou de réprimer des troubles.

S'il y a donc une pratique générale, cette pratique générale est en notre faveur, et c'est à eux qu'il faudrait démontrer que dans le cas de l'Inde, il y a des éléments de nature à s'en écarter.

J'en aurais fini avec Llivia, s'il n'y avait dans le certificat français une petite phrase que l'on n'a pas commentée et qui a retenu mon attention :

« Il y a eu [c'est à la page 758 du volume I, annexes aux observations], il y a eu des incidents, notamment à la fin de la guerre civile espagnole... »

Quels incidents ? Messieurs, cette évocation, en y réfléchissant, a une grande importance. Quelle était la situation au moment de la guerre civile espagnole ? Le Gouvernement républicain espagnol, reconnu par

toutes les Puissances, luttâ pendant trois ans contre un soulèvement militaire et fut finalement renversé. Quelle a été la situation à Llivia? Est-ce que les Républicains ont pu s'y maintenir jusqu'à la fin et est-ce que Franco, ayant fini par l'emporter à Madrid, a dû attendre jusqu'en 1939 pour établir son autorité à Llivia? Ou bien, comme il est plus probable, est-ce qu'il aura réussi, en y introduisant des agents clandestins, à faire avant cela un petit coup d'Etat dans l'enclave de Llivia, et à s'emparer de son administration? Et est-ce que les incidents auxquels on fait allusion sont une réclamation qu'il aura faite qu'on lui livre les Républicains qui auront résisté, ou ceux qui se seront réfugiés, qu'on les livre pour être traduits devant les cours martiales espagnoles et pour être fusillés?

Cela, Messieurs, c'est très important pour nous. Car c'est précisément l'exercice du droit de passage dans des circonstances analogues à celles que l'on invoque, qui existent aujourd'hui en ce qui concerne la demande portugaise. Le passage fut réclamé pour établir un ordre aujourd'hui reconnu par l'ensemble des États qui se sont inclinés devant le fait accompli.

Quelle fut à l'époque l'attitude de la France?

Messieurs, bien que nous n'ayons pas pu faire d'enquête à ce sujet — c'était sans aucun doute aux conseils du Portugal à la faire — aucun doute n'est possible.

En présence d'un traité comme 1860, comment voulez-vous qu'un Gouvernement français ait pu songer à permettre aux troupes de la Phalange de traverser le territoire français pour aller s'emparer des malheureux Républicains et les livrer à la justice militaire franquiste?

La question ne se pose même pas. Ce qui fait que pour la deuxième fois, le deuxième incident que nous avons pu retrouver confirme ce que nous enseignait l'affaire de 1849 de Büsingen, nous montre que dans les deux seuls cas relevés où le passage est lié à un soulèvement, ou bien il y a eu passage, mais un passage qui a soulevé de telles protestations et qu'à 80 ans d'intervalle il a amené la Suisse à stipuler à l'égard de l'Allemagne l'interdiction d'un passage militaire pour prévenir ou réprimer des troubles, ou bien la demande de passage a dû se heurter à un refus formel.

Donc pas de pratique générale. Et je pourrais m'arrêter ici, puisque cet élément matériel est la première condition évidente pour que l'on puisse parler de coutume.

Par acquit de conscience, Messieurs, j'examine très brièvement le second, à savoir la question de l'élément psychologique.

Monsieur le Président, M. le professeur Bourquin et, après lui, M. le doyen Telles ont à ce sujet essayé d'exploiter une prétendue contradiction existant entre les écrits de mon collègue, M. Guggenheim, auquel l'un d'entre eux décernait le titre de « maître de Genève », et d'autre part les opinions professées par le professeur Guggenheim en tant que conseil de l'Inde.

C'est un petit jeu naturel. C'est évidemment une chose piquante et amusante lorsqu'elle réussit à quelque peu désarçonner ou affaiblir l'adversaire. Je comprends l'attrait de cette entreprise. Mais, Messieurs, je crois vraiment qu'en l'espèce, elle a échoué.

La première chose que l'on prétendait démontrer, c'est que M. Guggenheim, conseil de l'Inde, défendait la nécessité de l'élément psychologique, alors que dans son cabinet de travail il avait au contraire combattu

l'exigence de l'élément psychologique, tel qu'il est admis par la Cour et tel qu'il figure à l'article 38 du Statut.

Vérification faite, il n'y a pas cette contradiction. Car si on relit l'ouvrage de M. Guggenheim, et je ne vais pas m'attarder à des lectures, vous constaterez que c'est au point de vue doctrinal, au point de vue théorique que M. Guggenheim s'élève devant la rédaction de l'article 38 du Statut et devant l'interprétation qui en a été donnée par la Cour. Mais il constate dans son ouvrage qu'au point de vue du droit positif, on se trouve en présence d'une jurisprudence bien établie suivant laquelle l'élément psychologique est nécessaire. Il n'y a donc pas de contradiction entre son attitude ancienne et l'actuelle.

La deuxième contradiction que l'on a pu découvrir est le fait qu'il avait dans son ouvrage indiqué que, alors que la Cour défendait l'opinion de la nécessité d'un élément psychologique, elle n'y avait en fait attaché aucune importance, alors qu'à la barre, M. Guggenheim a prétendu tirer parti des trois arrêts de la Cour où, successivement, on a écarté des règles prétendument tirées de la pratique générale parce qu'il y manquait l'élément psychologique.

Messieurs, lorsqu'on relit l'ouvrage de M. Guggenheim, on constate que l'auteur s'appuyait uniquement dans l'extrait invoqué sur l'unique arrêt du *Lotus*; les deux autres arrêts ne lui étaient pas connus, tout au moins au moment de la rédaction — le deuxième arrêt est du reste postérieur à la parution de l'ouvrage; et il est donc tout à fait normal qu'en présence de cette répétition et des développements nouveaux donnés à cette jurisprudence, M. Guggenheim ait révisé sur ce point son ancienne manière de voir.

Mais ce n'est là qu'un détail. Il est certain que la Cour ne s'attardera guère à cette querelle personnelle mais sera avant tout attentive à sa jurisprudence rappelée et commentée abondamment par M. Guggenheim lui-même. Or cette jurisprudence n'a pas été discutée ni combattue par mon collègue, M. Bourquin, lequel s'est rejeté sur un autre argument. Il a tiré de ces arrêts une indication en ce qui concerne la preuve. Il a relevé que suivant l'un d'entre eux, pour établir l'existence de l'élément psychologique, il n'était pas nécessaire de prouver l'existence dans chaque cas de pratique de l'élément psychologique, preuve qui serait impossible, mais qu'il était suffisant de démontrer qu'il résultait de l'ensemble des circonstances que cette pratique révélait la conscience d'une obligation juridique.

Messieurs, je n'ai aucune objection quelconque à ce que la Cour demeure fidèle à cette jurisprudence. Mais je demande à mon estimé contradicteur si vraiment il est permis de considérer que le caractère souple de la preuve dispense totalement de cette preuve les conseils du Portugal. A supposer qu'ils eussent trouvé des éléments démontrant l'existence d'une pratique générale, qu'ils en eussent trouvé dix, vingt cas d'application en ce qui concerne la France, la Suisse, l'Allemagne, d'autres pays, encore fallait-il qu'ils produisent au moins dans certains de ces cas des preuves matérielles démontrant l'existence de l'élément psychologique. Qu'ils nous eussent produit des notes diplomatiques, des déclarations faites à la presse par des ministres des Affaires étrangères ou des ambassadeurs. Qu'ils nous eussent montré que dans les conventions particulières, ou dans certaines d'entre elles, il était fait allusion à une règle coutumière dont on entendait fixer les modalités. Qu'ils nous eussent produit un exposé des motifs de projets de loi soumis

à des parlements et organisant et faisant allusion à l'existence d'une règle coutumière. Si nous avions quelque chose — mais on ne nous apporte rien. Il n'y a pas eu un seul document nous montrant que l'on se trouvait véritablement en présence d'une pratique générale s'accompagnant de la conscience de l'existence d'une règle de droit général obligatoire.

Dans ces conditions, si la Cour est toujours d'avis qu'il est indispensable d'établir qu'il résulte des circonstances générales que les États ont conscience d'une obligation juridique, je demande à la Cour de bien vouloir reconnaître qu'en l'espèce, non seulement il n'y a pas de pratique générale, mais qu'il n'y a pas davantage d'élément psychologique et il ne faut plus nous parler de coutume générale.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les conseils du Portugal ayant manifestement échoué dans la production d'un titre général pouvant être déduit de la coutume générale ont eu recours aux principes de droit international.

Dans sa réplique, M. Bourquin nous a répété qu'il était tout à fait indifférent, à son avis, pour quelle raison la Cour ferait état de principes de droit international, si c'était en tant que principes reconnus dans la coutume, et donc à titre coutumier, ou si c'était comme une source autonome, qu'à vrai dire il était assez difficile sinon impossible de rattacher à l'une quelconque des catégories de l'article 38 du Statut.

Moi, je ne puis que lui répéter, et répéter à la Cour, la différence très grande que je vois entre ces deux conceptions du point de vue pratique.

Si la Cour retient les principes de droit international parce qu'elle considère que ces principes de droit international sont pleinement confirmés par la coutume, j'y verrai une façon utile sans aucun doute parce que synthétique, d'exprimer la valeur que la Cour reconnaît à la coutume générale comme source de droit international. Mais en ce cas elle doit naturellement se limiter aux principes qui ont véritablement un appui dans la coutume et s'opposer à cette construction que l'on a, sous des formes variées, tentée de l'autre côté de la barre, consistant à vouloir faire admettre, en plus des principes fondamentaux — que nous n'avons pas contestés — qui trouvent effectivement leur confirmation dans la coutume, d'autres principes indépendants et ignorés de la coutume, mais auxquels on attribue un caractère de principes dérivés. Je vous ai dit combien était aventureuse pareille opération. Je crois véritablement que cela est à cent lieues de l'esprit du Statut et, spécialement de l'article 38, et que cela orienterait la Cour vers une dangereuse tendance de législation qui, jusqu'ici, lui a été tout à fait étrangère.

C'est sous réserve expresse de cette observation que j'aborde les principes dont on fait état pour établir une règle instituant dans le cas d'enclaves le droit de passage tel qu'il est défini, règle dont on reconnaît qu'elle ne répond pas directement à un principe originaire, primaire, incontesté de droit international, mais qu'on prétend dériver de certains principes, plus précisément, de deux d'entre eux que je vais maintenant rappeler à la Cour.

Le premier principe dont on déduit le droit de passage revendiqué c'est le principe de la bonne foi. Il est exclu, dit-on, que lorsqu'un État reconnaît la souveraineté d'un autre État dans une enclave, alors que son propre territoire sépare le territoire de cet autre État de son enclave, cet État se réserve le droit de refuser le passage.

Messieurs, nous avons fait à cet argument une première objection à laquelle, à mon souvenir, on n'a pas répondu, c'est que ce mot « réserve » est sûrement inexact.

Messieurs, lorsqu'on on cède des droits ou qu'on reconnaît des droits à une personne juridique quelconque, une réserve implique que l'on prétend retenir une partie des droits qu'en principe on devrait lui transmettre: c'est ça, une réserve. Par exemple, je donne une maison en location en me réservant une cave. Mais ici, lorsque l'Inde reconnaît la souveraineté du Portugal sur une enclave, elle reconnaît au Portugal la jouissance d'une série de compétences qu'elle peut exercer sur le territoire de ses enclaves, elle ne lui reconnaît pas une compétence quelconque sur son propre territoire; en conservant sa liberté de décision en matière d'autorisation de passage, elle ne réserve donc rien du tout, elle s'abstient de prendre un engagement additionnel.

Les adversaires, s'ils me répondaient sur ce point — car ils s'en sont abstenus — me répondraient vraisemblablement que le mot « réserve » est peut-être mal choisi, mais que leur idée demeure et que le droit de passage étant une condition de l'exercice de la souveraineté portugaise dans les enclaves ou, disons — puisque nous n'en sommes pas à la discussion des titres particuliers — de la souveraineté de l'État ayant un territoire enclavé dans son enclave, il faut voir dans son octroi un complément nécessaire de la reconnaissance de la souveraineté. Et M. Bourquin s'est montré à ce sujet particulièrement pressant, lorsqu'il vous a dit à la page 46 du compte rendu:

« Imagine-t-on le souverain de l'Inde disant au Portugal: « Je reconnais que Dadrá et Nagar-Aveli relèvent de votre souveraineté; j'admets la validité de cette situation; mais je me réserve le droit d'y mettre fin. J'ai les moyens de le faire, puisqu'il vous est impossible d'exercer votre souveraineté sans passer par mon territoire. Eh bien, je me réserve d'utiliser ces moyens comme je le voudrai, quand je le voudrai et pour des raisons que j'apprécierai discrétionnairement » ?

Il tombe sous le sens que, si l'Union indienne avait tenu pareil langage, le Portugal lui aurait répondu que, dans ces conditions, sa reconnaissance perdait toute valeur; qu'elle n'était plus qu'un trompe-l'œil, et qu'il fallait dissiper la confusion par une attitude franche, dans un sens ou dans l'autre. Jamais cette réserve n'aurait été admise si elle avait été formellement articulée. »

Messieurs, M. Bourquin a sûrement raison. Jamais une telle déclaration n'aurait été admise par le Portugal, et jamais un traité particulier n'aurait pu être conclu sur cette base. Pourquoi? Mais parce que la formulation d'une telle déclaration aurait témoigné de la part de l'empire maharatte, ou de la Grande-Bretagne, ou de l'Union indienne, d'une volonté arrêtée, préméditée de, à la première occasion, arrêter le passage et rendre l'exercice de la souveraineté portugaise impossible.

Mais, Messieurs, réciproquement, si le Portugal avait dit à l'empire maharatte, ou si le Portugal (car j'avoue n'avoir que de vagues notions sur les principes que suivaient les gouvernants de l'empire maharatte au XVIII^me siècle, mais je suis très sûr de ce que je dis en ce qui concerne la Grande-Bretagne), si le Portugal avait dit à la Grande-Bretagne: « Vous allez me signer une déclaration irrévocable suivant laquelle vous accepterez, chaque fois que ce sera requis pour le maintien de ma souveraineté, le passage militaire pour le rétablissement ou le maintien de l'ordre dans les enclaves », je sais très bien ce qui se serait passé. Comme je vous l'ai dit, l'Angleterre, sûrement, aurait répondu: « Je suis de très bonne volonté, j'ai de bonnes intentions (comme le disait le délégué de l'Inde

à la conférence de Barcelone), mais je ne désire en aucune façon prendre des engagements, je ne sais pas dans quelles circonstances cela peut se produire, je ne connais pas les objections auxquelles cela peut se heurter, je ne sais pas quels sont les intérêts britanniques qui pourront être compromis, je ne m'engage pas ainsi de façon abstraite, en blanc. »

Ainsi, l'argument de la réserve est un argument véritablement à sens unique, et qui ne peut être retenu comme valable.

On nous le représente sous une autre forme et l'on nous dit : « Si l'argument de la bonne foi ne vous convainc pas, eh bien, il y a un autre argument que nous tirons du respect de la souveraineté : le respect de la souveraineté *implique* l'octroi des moyens, donc, du droit revendiqué. » Là encore je désire, Messieurs, vous remettre sous les yeux le texte même des propos tenus par M. Bourquin, car ce sont du point de vue de la dialectique et, je dirais, de l'art de la plaidoirie, des morceaux remarquablement bien venus que je vous lis avec un vrai plaisir professionnel. M. Bourquin s'est montré, à première vue, tout à fait convaincant. Il vous a dit, Monsieur le Président — je cite ce qui figure à la page 48 du compte rendu :

«... le Gouvernement de l'Inde a déployé des efforts considérables pour combattre notre demande. Mais il y a certaines choses qu'il n'a pas expliquées, et ce sont des choses essentielles.

Il n'a pas expliqué comment le Portugal pourrait exercer sa souveraineté sur les enclaves sans traverser le territoire indien.

Et il n'a pas expliqué non plus comment les souverains de l'Inde auraient pu reconnaître l'existence de la souveraineté portugaise sur des enclaves situées à l'intérieur du territoire indien, tout en se réservant la faculté de paralyser discrétionnairement l'exercice de cette souveraineté.

Nos estimés contradicteurs auront beau, je pense, mobiliser toutes les ressources de leur imagination et de leur dialectique : il y a là deux obstacles qu'ils ne parviendront pas à franchir. »

Messieurs, mon estimé collègue, M. Bourquin, se méprend sur mes qualités de sauteur. Le premier obstacle, je le franchis aisément, car j'ai moi-même toujours reconnu que le Portugal ne pourrait pas exercer sa souveraineté sur les enclaves sans traverser le territoire indien. Cela saute aux yeux ! Vraiment, il n'y a pas là un obstacle ! C'est un obstacle tellement bas qu'un cheval de très médiocre qualité ne s'y arrêterait pas. Je le franchis donc. Quant au deuxième obstacle, je n'ai pas à le franchir car il ne tient pas, il s'écroule avant mon arrivée. Nous retombons en effet dans l'argument de la bonne foi et de la réserve. Nous savons, par les exemples que je vous ai donnés, que la Suisse comme la France se sont refusées à prendre cet engagement et, dans ces conditions, je ne vois véritablement pas pourquoi vous voudriez que l'Inde, qui n'a souscrit à aucun traité, se trouve prisonnière d'une règle générale dont on lui révélerait l'existence.

La reconnaissance de la souveraineté, je le répéterai une fois de plus, écarte sans doute l'existence d'une volonté préméditée d'en rendre l'exercice impossible. Mais elle n'implique en aucune façon l'acceptation d'une priorité inconditionnée de l'intérêt étranger et d'un sacrifice *a priori* de toutes les objections imprévisibles que l'on pourrait éventuellement avoir contre son exercice.

Messieurs, nous n'aboutissons pas à des conclusions différentes si nous envisageons la question sous l'angle de la nécessité.

A ce sujet M. Bourquin, que je ne me laisserai pas de citer, nous a déclaré à la page 46 du compte rendu :

« La notion de nécessité intervient... dans notre argument. Elle en constitue un élément majeur. »

Et aussitôt après, dans la phrase suivante, il ajoute :

« C'est la planche de salut à laquelle nos adversaires vont essayer, tant bien que mal, de s'accrocher. »

Vraiment, nous serions de singuliers adversaires qui ferions notre planche de salut de l'argument majeur des demandeurs. Non, si c'est une planche de salut, nous devons évidemment la détruire. Et, en réalité, c'est bien ainsi que nous avons compris la chose. Je crois pouvoir réclamer une certaine priorité d'auteur en ce qui concerne l'argument de nécessité, car je crois bien que c'est dans ma plaidoirie que j'ai diagnostiqué, sous les apparences d'arguments de bonne foi et de respect de la souveraineté, la présence chez nos adversaires d'un argument inavoué tiré de la nécessité. Et j'ai combattu cet argument en soutenant que la nécessité, même la nécessité sociale, ne suffisait pas à donner naissance à une règle de droit.

Ce fut, Messieurs, comme vous le savez, l'illusion qu'ont eue certains très grands juristes : M. Duguit, M. Krabbe, à un moment donné l'École sociologique. Ayant, à juste titre, mis en lumière l'incidence primordiale des faits sociaux sur l'évolution du droit, ils crurent qu'en réalité le fondement unique et exclusif et suffisant du droit, c'était la nécessité sociale. Or, il y a pour la formation de la règle de droit une condition indispensable, c'est la prise de conscience de cette nécessité et son acceptation, car elle est par elle-même insuffisante.

J'ai cru piquant à cet égard de faire état d'un écrit récent de mon ami M. Jenks. M. Bourquin m'a répondu que la nécessité dont il faisait état — et qui était, je ne sais plus, sa planche de salut? ma planche de salut? — c'était une nécessité toute différente, c'était une nécessité juridique, une nécessité logique qui, en réalité, commandait l'adjonction du droit de passage à la souveraineté d'un État possédant une enclave. C'était là le *corollaire* du respect de la souveraineté. M. Telles a dit que c'était *automatiquement, ipso facto*, que cette règle devait être ajoutée au respect de la souveraineté lorsqu'il s'agit d'un État qui possède des enclaves.

Messieurs, je crois qu'en réalité mes estimés contradicteurs, encore une fois, ont confondu le droit et le fait et que la nécessité dont ils font état est une nécessité artificielle. Oui, la souveraineté d'un État dans une enclave lui appartenant nécessite le passage à travers un territoire étranger. Et dans la réalité internationale, ce passage lui est très généralement accordé en fait. Il arrive même, nous l'avons vu, que les États qui possèdent des enclaves aient le désir de consolider juridiquement cette faculté dont ils jouissent. Et alors ils négocient une convention particulière; nous avons vu que cela a été le cas en ce qui concerne la France, la Suisse, l'Allemagne, l'Italie et l'Espagne. Il y a donc parfois des conventions particulières, mais ce que l'on prétend faire admettre par la Cour, c'est que ce désir d'une consolidation juridique puisse donner naissance, à lui seul, à une règle générale pouvant tenir lieu de convention particulière.

Messieurs, que ce soit, en réalité, le désir de consolidation juridique qui inspire nos adversaires, M. Telles en a fait l'aveu à la page 77 du compte rendu. Nous nous trouvons donc bien devant un phénomène très différent de celui que l'on nous avait indiqué.

Messieurs, si cela paraît vrai du droit de transit en général, cela est encore beaucoup plus évident en ce qui concerne le droit de transit que le Portugal demande à la Cour de consacrer, car, à mon sens, c'est une énormité que cette priorité absolue des intérêts de l'État enclavé que l'on prétend imposer aux États enclavants.

C'est, Messieurs, une telle énormité qu'en réalité, après l'avoir formulée, le Portugal recule et qu'il admet que l'obligation ne joue pas s'il y a danger de troubles pour le maintien de l'ordre dans les cas de passage.

Messieurs, c'est là une concession très satisfaisante, mais, en réalité, elle est incompatible avec le raisonnement sur la base duquel on établit le droit de passage car, si vraiment les besoins de la souveraineté sont tels que c'est automatiquement et *ipso facto* que l'État doit consentir le passage en faveur de celui qui possède une enclave, on se demande vraiment pour quelle raison, à un moment donné, il est autorisé à y faire échec en se prévalant de son intérêt. On est surpris de cette générosité. A la réflexion, elle se rattache à une explication donnée dans les exposés des conseils du Portugal pour justifier le sacrifice imposé en principe aux États de passage. Pour justifier la priorité de l'État qui a une enclave, MM. Bourquin et Telles avaient comparé l'importance des intérêts en présence: l'intérêt vital pour la souveraineté de cet État à obtenir le passage, avec la gêne, de caractère secondaire, que cela peut causer à l'État de passage. On nous a dit: « Mais il est légitime que ce soit l'intérêt le plus important qui l'emporte. »

Messieurs, c'est une idée sympathique, mais c'est une idée de droit naturel, c'est une idée d'équité qui n'a, véritablement, rien à voir avec le droit positif. C'est manifestement ce même raisonnement d'équité qui a amené nos adversaires à la concession du maintien de l'ordre sans s'apercevoir du coup qu'ils portaient à l'automatisme du principe défendu. Au surplus, du moment qu'ils sont en aussi bonne voie que d'admettre que l'État de passage peut exciper des besoins de son maintien de l'ordre, pourquoi s'arrêtent-ils en chemin? Il peut y avoir d'autres objections; il peut y avoir notamment des objections de neutralité, des objections de non-intervention sur lesquelles nous reviendrons tantôt.

Pendant nos adversaires, pour faire admettre la priorité sur pareilles considérations de l'obligation d'accorder passage qu'ils dérivent de la notion de souveraineté, se sont prévalus de l'arrêt de la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire du *Wimbledon*, dans laquelle la Cour permanente a déclaré que l'obligation faite à l'Allemagne en ce qui concerne le passage par le canal de Kiel, l'obligation résultant du traité de Versailles, l'emporte sur les règles de la neutralité et que l'Allemagne désirait observer dans le conflit entre la Pologne et la Russie.

La Cour se souviendra que dans ladite affaire, le passage résultait d'une disposition formelle du traité; et j'ai la conviction que si l'Allemagne avait excipé, non pas des besoins de sa neutralité, mais des difficultés pour le maintien de l'ordre en Allemagne, la réponse eût été la même: « Vous êtes tenus. »

Ainsi, Messieurs, si, aujourd'hui, on admet une dérogation dans le cas du maintien de l'ordre, c'est que manifestement on se rend compte qu'en réalité, entre l'intérêt de l'État qui prétend passer pour se diriger

vers une enclave, et l'intérêt de l'État auquel on demande, en réalité, de consentir des sacrifices de souveraineté (je l'ai montré à propos des immunités sur son propre territoire), on ne peut lui imposer un tel sacrifice dès qu'il en résulte des inconvénients sérieux, malgré les effets plus graves qui peuvent résulter du refus de passage pour l'État qui le réclame. Ces obstacles sérieux, ce n'est pas seulement le maintien de l'ordre, il y en a beaucoup d'autres et cela suffit à démontrer que la règle absolue, telle qu'on a prétendu la libeller dans le premier chapitre des conclusions de nos adversaires, ne peut pas être consacrée par la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois vous avoir convaincus qu'après avoir échoué sur le terrain de la coutume, mes estimés contradicteurs n'ont pas eu plus de chance avec les principes de droit international, et j'abandonnerais ce terrain si je ne devais, à mon tour, me servir des principes de droit international pour vous démontrer que non seulement ils ne militent pas en faveur de la thèse portugaise, mais qu'ils doivent, nécessairement, conduire à son rejet.

Le premier principe de droit international dont je voudrais à mon tour faire état, c'est le principe de la souveraineté. Car, nous ne pouvons pas l'oublier, dans ce litige comme dans toute question où surgit la question des droits de passage dans des enclaves, il y a deux souverainetés en présence. Il y a la souveraineté d'un État sur le territoire enclavé, et puis il y a la souveraineté d'un autre État sur le territoire intercalaire, et ces deux souverainetés ont également droit au respect. Sans doute est-il parfaitement conforme — j'en conviens aisément — avec la souveraineté de l'État intercalaire qu'il autorise le passage de personnes privées, qu'il autorise le passage de biens, même qu'il autorise le passage de forces de police et de troupes armées, avec les immunités que cela comporte nécessairement. Mais autre chose est, pour l'État de passage, de consentir cette faculté à un État étranger, autre chose est de reconnaître qu'il est lié. Il y a, comme nous l'avons vu, des exemples de conventions particulières, mais aucune ne comporte la règle de droit extrême que l'on a prétendu nous faire accepter. Le respect mutuel des souverainetés exclut, me semble-t-il, que l'on puisse songer à imposer à un État qui n'a pas conclu de convention particulière, une construction théorique se traduisant pour lui non pas seulement par une limitation de sa compétence de refuser le passage, en tant qu'il devrait parfois l'accorder, mais puisqu'il s'agit, dans certains cas, de troupes de police et de forces armées, à une véritable amputation de souveraineté, à la tolérance sur son territoire d'organes de puissance publique étrangère. Telle est, Messieurs, la portée de ce que nous avons abondamment décrit dans la procédure écrite déjà avant que je ne le reprenne dans ma première plaidoirie, de cette nécessité *absolue* qu'il y a d'exiger des preuves concrètes de celui qui prétend à un privilège constitutif d'une formidable dérogation à la souveraineté de l'État de passage.

Il y a, Messieurs, un deuxième principe qui fait échec, à notre avis, à la reconnaissance de la règle de droit opposée nous demandant d'accepter le passage de forces armées pour quelque motif que ce soit, y compris pour la répression d'insurrection ou de guerre civile, avec la seule exception des risques pour le maintien de l'ordre. Ce principe — qui est aussi un principe de droit international non contesté — c'est le principe de non-intervention.

Quant à l'existence de ce principe, Messieurs, je constate avec plaisir que nous sommes d'accord, les conseils de l'Inde et ceux du Portugal.

Il y a même ceci d'assez pittoresque, c'est que nous l'invoquons l'un et l'autre. Nous avons eu cette surprise d'entendre dans leur réplique nos adversaires s'emparer à leur tour du principe de non-intervention. Bien plus, j'ai même subi un reproche de M. Bourquin qui, en termes véhéments, à la page 39 du compte rendu, m'a reproché d'avoir soutenu que

« ... il ne pourrait y avoir d'atteinte à la souveraineté d'un État que si des actes, contraires à cette souveraineté, étaient commis sur son territoire ».

Messieurs, je n'hésite pas à déclarer que ni dans nos conclusions ni dans mes plaidoiries je n'ai jamais eu l'intention de soutenir une thèse pareille. Ce que nous avons entendu soutenir, c'est que quand l'Inde accorde ou refuse le passage sur son territoire, elle agit dans le cadre de sa compétence territoriale, tandis que le Portugal serait certainement sorti de sa compétence territoriale et aurait empiété sur la nôtre si, comme il l'annonce au paragraphe 37 de son mémoire, en juillet 1954 il avait, sans autorisation de l'Inde, fait pénétrer ses troupes sur le territoire du passage.

Nous l'avons cité plusieurs fois, ce paragraphe 37 du mémoire. On ne nous a rien répondu. Je suppose que l'on reconnaît que cela a été une certaine imprudence de langage.

Messieurs, qu'est-ce que ce principe de non-intervention? Il mériterait, je crois, une étude plus longue que celle à laquelle je pourrai me livrer, car c'est vraiment un de ces principes du droit des gens qui, malgré son ancienneté qui lui confère une respectabilité incontestée, est aujourd'hui en voie d'évolution.

Suivant le droit des gens classique, le principe de non-intervention, que l'on appelle aussi le principe d'abstention — c'est l'expression dont se sert Rousseau à la page 321 de son traité —, c'est le devoir fait à chaque État d'éviter de s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre État. Mais c'est là exclusivement un devoir interétatique, en ce sens que si, d'après le droit des gens classique, en cas de guerre civile un État étranger ne pouvait pas intervenir *contre* le gouvernement aux prises avec une insurrection, cet État étranger pouvait toujours intervenir à la demande du gouvernement légal contre les révolutionnaires: pas d'État lésé, donc pas de règle de droit violée. Voilà le droit des gens classique.

Je ne suis pas convaincu qu'il en soit encore ainsi. La Cour se souvient de l'accord qui fut conclu en 1936 entre les grandes Puissances, pendant la guerre d'Espagne, à laquelle je faisais allusion tantôt, et qui est le fameux accord de non-intervention, qui fut malheureusement bien mal respecté par certaines Puissances.

Malgré cela, on peut dire que ce principe de non-intervention a pénétré graduellement dans les esprits et qu'il est aujourd'hui très fréquemment proclamé par des gouvernements comme étant une règle nouvelle de droit des gens, avec une portée beaucoup plus étendue que la portée ancienne, en ce sens qu'elle interdit aux gouvernements d'intervenir pas seulement contre un gouvernement en proie à une révolution, mais également contre des révolutionnaires qui luttent contre un gouvernement et en faveur de ce gouvernement, même s'il le demande. C'est ainsi que l'on constate avec intérêt que lorsque la Jordanie fut en proie à certains troubles récemment et que l'Angleterre et que les États-Unis envoyèrent des troupes, les Gouvernements ne crurent pas pouvoir

justifier leur intervention exclusivement par la demande qui leur avait été adressée par le roi de Jordanie, à tort ou à raison. Ils firent état des dangers qui existaient pour la sécurité extérieure de la Jordanie et la paix.

Mais, Messieurs, même si on ne donne pas au principe de non-intervention cette extension nouvelle, ce que je reconnais être douteux, même si on considère qu'il ne crée pas d'obligation en faveur des insurgés mais seulement en faveur des gouvernements au pouvoir, une chose est certaine, *c'est qu'en l'absence de traités particuliers il n'y a jamais de devoir* d'intervention en faveur de gouvernements reconnus qui sont en proie à une révolution, qu'elle soit locale ou qu'elle soit générale, et ce même si cette révolution est sur le point de triompher, le gouvernement de succomber. L'intérêt vital qu'il peut avoir au maintien de sa souveraineté ne suffira pas à imposer pour les États qui l'ont reconnu, qu'ils lèvent leur petit doigt pour lui venir en aide. Ce droit d'abstention des États en matière politique, ce refus de coopération en matière politique, c'est, Messieurs, un *très ancien* principe de droit international et qui se manifeste dans une série de domaines. Cela ne se limite pas à l'hypothèse d'une guerre civile: c'est le même principe qui conduit les États à refuser très généralement de concourir à l'exécution d'une loi fiscale étrangère, ou d'une loi militaire, ou d'une loi politique. La Cour sait que, sauf convention particulière, les impôts ne sont pas recouvrables à l'étranger; les condamnations fiscales ne sont pas exécutoires, même quand il y a un traité sur l'exécution des jugements étrangers; les déserteurs ne sont pas arrêtés; les délinquants politiques ne sont ni poursuivis ni extradés, et cela, quelque trouble qui puisse en résulter pour l'État étranger dans l'exercice de sa souveraineté.

Je crois, Messieurs, que jusqu'ici mon raisonnement n'est pas contredit par les conseils du Portugal; ils n'ont pas soutenu que l'Inde ait eu une obligation d'intervenir en faveur du Gouvernement portugais et qu'elle n'ait pas pu invoquer un droit de non-intervention. Mais où nous allons nous séparer, c'est dans le cas d'enclaves. Dans le cas d'enclaves — disent nos adversaires — s'il y a une insurrection, l'intervention consiste à refuser le passage et la non-intervention consiste à permettre le passage.

C'est là un raisonnement qui ne me paraît pas défendable, car en réalité vous devez vous placer au point de vue du droit commun; vous reconnaîtrez sans aucun doute que suivant le droit commun des forces armées n'ont pas accès sur un territoire étranger. En permettant le passage pour aller écraser une révolte, l'État enclavant apporte donc une assistance positive à l'État dont l'enclave s'est révoltée. En refusant le passage il conserve une attitude purement passive et dans ces conditions on ne voit pas pourquoi l'on considérerait comme un acte d'intervention ce qui est purement et simplement le maintien du territoire à l'abri de quelque incursion que ce soit.

A supposer même dès lors que l'on puisse reconnaître par hypothèse à l'État qui possède une enclave un droit de transit pour l'exercice de sa souveraineté dans les circonstances ordinaires, la question se pose de savoir pourquoi une dérogation aussi considérable au principe de non-intervention devrait être imposée à l'État de passage, et, au contraire, pourquoi en réalité le principe de non-intervention ne pourrait pas être invoqué par lui au même titre que le maintien de l'ordre pour se refuser à l'exigence formulée lorsque l'État demandeur est en butte à la révolution dans une enclave. La réponse à pareille question ne serait pas douteuse en ce qui concerne un État auquel le passage serait demandé,

sans qu'il y ait une enclave, par un gouvernement ayant le besoin d'envoyer rapidement des forces de police d'un point de son territoire à un autre. J'ai vraiment l'impression qu'il n'en va pas autrement dans le cas d'enclave et que ce principe de non-intervention est tout aussi important, tout aussi sacré que le droit de maintenir l'ordre sur son propre territoire et justifie pleinement un refus de passage de la part du gouvernement auquel ce passage est réclamé.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il y a un troisième principe de droit international dont, éventuellement, s'il le fallait, l'Union indienne demanderait l'application, c'est le respect des droits de l'homme, ou plus précisément le droit des peuples de disposer d'eux-mêmes.

Le professeur Waldock vous en a parlé longuement. M. Bourquin, dans sa réplique, s'en est tenu au respect des droits de l'homme, et il a signalé les dangers d'une théorie qui, dit-il, dans un monde idéologiquement divisé comme le nôtre, permettrait à un État de se dérober à ses obligations normales lorsque l'action entreprise sur ou à travers son territoire est dirigée contre un gouvernement étranger dont la politique est contraire au respect des droits de l'homme.

Il ne s'agit, à mon avis, de rien de semblable, en l'espèce. Pour simplifier la question, nous désirons nous en tenir à une notion relativement simple, celle du droit des peuples de disposer d'eux-mêmes. Vous savez qu'il y a là un principe qui a été formellement consacré par l'article premier, par d'autres articles de la Charte des Nations Unies. La question qui se pose est celle de savoir si un État enclavant — à supposer même que par traité ou en vertu d'une règle générale il soit soumis dans les circonstances ordinaires à accepter un passage à travers son territoire — est tenu de tolérer ce passage lorsque la demande émane d'une puissance coloniale désireuse de maintenir ou rétablir son autorité sur une population qui s'est révoltée.

Je vois quant à moi, pour une réponse négative à pareille question, une nécessité juridique qui est autrement impérative et pressante que la nécessité logique dont il a été fait état en faveur du droit de passage.

Je sais bien que l'on a laissé entendre que cette disposition de l'article premier de la Charte, qui figure au chapitre des principes, est une disposition dont la valeur juridique en droit positif n'est pas certaine. Et la Cour pourrait hésiter sans aucun doute si elle se trouvait invitée à traduire en une obligation formelle le respect ou l'encouragement qui serait donné par tous les membres des Nations Unies à des peuples désirant disposer d'eux-mêmes. Mais, entre cette forme achevée du droit totalement sanctionné par les organes judiciaires des Nations Unies, et le néant auquel on prétend vouloir acculer l'organe judiciaire des Nations Unies, vous reconnaîtrez qu'il y a une différence.

La question qui se pose est de savoir si un État qui, placé devant ce dilemme: refuser ou octroyer le droit de passage à travers son territoire, peut s'inspirer dans sa décision de ce respect du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes — si un tel État contrevient au droit des gens, et s'il doit encourir les sanctions du droit des gens au cas où cette décision est négative et si l'organe judiciaire des Nations Unies appelé à apprécier pareille attitude doit ignorer *entièrement* ces dispositions de la Charte.

Messieurs, je n'ai pas besoin de vous dire que si la question se posait aujourd'hui à l'assemblée consultative des Nations Unies, il y aurait une *immense* majorité, dépassant de loin les deux tiers, pour approuver

*totale*ment l'attitude de l'État qui aurait refusé le passage à une Puissance coloniale désirant rétablir ou maintenir son autorité.

Il serait véritablement singulier que l'organe judiciaire des Nations Unies en jugeât autrement.

Il y a un quatrième principe de droit international dont je dois rappeler l'existence et dont éventuellement — s'il le fallait — l'Union indienne vous demanderait également l'application, c'est le principe que l'on appelle *rebus sic stantibus*.

A notre avis, même si, sur le plan général ou particulier, le droit de passage vers des enclaves devait être reconnu comme corollaire de la souveraineté exercée dans celles-ci, il ne pourrait dans l'espèce être maintenu. Bien que M. Bourquin ait jugé superflu d'y revenir dans sa réplique, je crois nécessaire d'en dire quelques mots, car il en avait parlé avec plus de détails dans sa première plaidoirie (C. R., IV, pp. 594 et ss.); la réponse que lui a faite le professeur Waldock a été vraiment bien sommaire et de toute façon la synthèse que je tente de présenter à la Cour serait incomplète si je n'y faisais une place — fût-elle brève — à ce principe *rebus sic stantibus*.

Messieurs, M. l'ancien Président de la Cour internationale de Justice, lord McNair, en donnait dans le cours qu'il a professé en 1928 la définition suivante:

« Lorsqu'un traité ne contient aucune disposition fixant sa durée, et qu'on peut supposer qu'il a été conclu par les puissances contractantes en raison de certaines circonstances existant à l'époque de sa conclusion, une modification essentielle de ces circonstances peut avoir pour effet de le dissoudre. »

Et il commentait le texte de la déclaration de Londres — vous vous souvenez, c'est la déclaration commune publiée à la suite de l'introduction par la Russie de navires supplémentaires dans la mer Noire en contravention au traité de Paris (1871) et il y a eu une déclaration reconnaissant que l'on ne pouvait unilatéralement porter modification à des traités — en indiquant qu'à son avis

« la signification de ce texte n'est pas de retrancher solennellement la règle *rebus sic stantibus* du domaine du droit international suivant l'interprétation qui lui a été donnée par les Puissances signataires. Nous le considérons plutôt comme une condamnation de la légèreté avec laquelle la Russie avait invoqué cette règle en l'espèce, sans qu'une modification essentielle soit intervenue dans la situation qui était à la base du traité de Paris de 1856. On remarquera — ajoutait-il — que nous avons classé cette règle parmi les modes de terminaison des traités par l'effet du droit et non parmi ceux qui comportent le fait d'une des parties. Lorsqu'un traité prend fin, en raison d'une modification essentielle des circonstances, il cesse d'être exécutoire pour les deux parties et pas pour l'une d'entre elles seulement. »

Je sais bien que ni la Cour permanente de Justice internationale, ni la Cour internationale n'ont jusqu'à présent pris position à l'égard de la règle. Elle fut invoquée cependant dans l'*Affaire des Zones franches*; mais la Cour estima qu'il n'était pas prouvé qu'en la circonstance, les circonstances qui avaient présidé à la création des douanes fédérales avaient pris fin, et pour cette raison elle estima inutile d'examiner la

mesure dans laquelle la théorie pourrait être consacrée comme règle de droit international.

Je pense toutefois que si la Cour, contre notre attente, estimait qu'en l'espèce un droit de passage existait et correspondait à ce que le Portugal réclame, elle ne pourrait nous refuser de faire application de la doctrine. Et je me réfère, à ce sujet, à l'avis exprimé en 1950 par M. le juge Winiarski dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*, page 94 de l'arrêt :

« ... il y a [disait-il] des cas où il est nécessaire de rajuster, même unilatéralement, l'application de la lettre à la situation changée, comme le juge national peut mitiger les rigueurs excessives des contrats entre particuliers, où l'État obligé peut raisonnablement invoquer des circonstances dans lesquelles la non-exécution de telle ou telle disposition du traité peut être justifiée du point de vue du droit international. Une de ces possibilités est exprimée par la clause *rebus sic stantibus* qui résume le grand problème du droit strict et de la bonne foi entre États. »

Monsieur le Président, mon estimé contradicteur et ami, M. Bourquin, a formulé contre l'application de ce principe à notre cas deux objections : tout d'abord, il a indiqué qu'à son avis la doctrine *rebus sic stantibus* ne constituait qu'un mode d'extinction des traités et ne concernait ni les coutumes ni les principes généraux de droit. On se demande pourquoi. Certes, il en serait ainsi si on fondait le principe *rebus sic stantibus*, comme autrefois, sur une clause tacite qui est inconcevable sans un traité, mais c'est là une conception qui est aujourd'hui unanimement abandonnée. Ceux qui acceptent — et c'est le cas pour la majorité des auteurs — la doctrine *rebus sic stantibus*, y voient bien plutôt un principe inhérent à l'ordre juridique international et l'expression d'une véritable nécessité juridique, et ils arguent qu'il doit en être ainsi, puisque, si c'était une clause tacite, il suffirait pour l'écartier d'insérer dans un traité conclu à durée indéfinie une clause qui en prévoirait l'exclusion.

On nous dit : le principe n'est tout au plus d'application qu'en ce qui concerne les traités, non pour les règles de droit provenant d'autres sources. Tel n'est pas l'avis de l'éminent juriste cubain qui a été juge à cette Cour, M. Antonio Bustamante, qui dans le tome III de son *Droit international public*, sous le n° 671 de la traduction française, examine la question de savoir si la doctrine *rebus sic stantibus* peut s'appliquer aux servitudes internationales — et il emploie le mot « servitudes » comme synonyme de droit de passage, et il admet l'existence de cette servitude lorsqu'elle peut s'appuyer sur un usage et qu'il est prouvé que l'État l'observant a voulu s'obliger et en a reconnu l'existence. Et il se prononce pour l'affirmative. Le principe lui apparaît comme une conséquence à la fois matérielle et juridique des faits nouveaux et il est, à son avis, équitable de se prononcer pour l'affirmative, car, si la clause *rebus sic stantibus*

« existe en droit international, il n'y a pas de motif suffisant pour exclure les servitudes de son application. Ces derniers rapports ne représentent pas une importance extraordinaire à l'égard de tous les autres possibles et leur nature et interprétation restrictives ne permettent pas de leur appliquer les exceptions qui contribuent à les maintenir et à les perpétuer. Elles doivent suivre le même sort que toutes les autres institutions. »

Donc, Messieurs, dans l'hypothèse où le droit de passage aurait trouvé une source générale ou particulière, je serais en principe en droit d'invoquer la clause *rebus sic stantibus*, même si la source n'en était pas précise.

La deuxième objection de mon estimé contradicteur est qu'il n'y a pas, en l'espèce, de changement des circonstances en vue desquelles le droit de passage a été créé. Son raisonnement tient en peu de mots. Ce droit de passage a été créé pour les besoins du Portugal, pour exercer sa souveraineté dans une enclave, le Portugal a toujours sa souveraineté dans cette enclave et, dans ces conditions, rien n'étant changé, il n'y a pas de raison de proclamer la caducité de la règle qui a existé.

Messieurs, il n'y a pas que le Portugal en cause. La faiblesse de mes estimés contradicteurs c'est d'être perpétuellement obnubilés et obsédés par la prise en considération exclusive des intérêts de l'État qu'ils défendent. Il n'y a pas seulement l'État enclavé, il y a aussi l'Inde à qui on réclame le respect d'obligations, de prétendues obligations qui seraient prétendument nées sous l'empire mahratte et qui se seraient consolidées sous la domination britannique, et auxquelles l'Inde aurait succédé.

Si vous vous placez au point de vue de l'Inde, Messieurs, et que vous comparez la situation de l'Inde avec celle de l'Empire britannique ou de la Grande-Bretagne qui a exercé la domination pendant 130 ans, ai-je besoin de dire l'immense différence qui existe entre les services rendus à l'époque par une Puissance coloniale à une autre Puissance coloniale, et le sacrifice réclamé aujourd'hui d'un État arrivé à l'indépendance en 1947, auquel la France a à son tour cédé ses établissements en 1950 et 1954, et qui devrait souffrir le passage sur son territoire de troupes envoyées par la dernière Puissance coloniale qui se trouve dans la péninsule, et ce pour sauvegarder l'intégrité de son domaine et faire obstacle aux vœux des populations? Il n'est pas — je crois — de l'intérêt du droit international de vouloir défendre l'immuabilité des situations acquises contre une évolution aussi inévitable.

Je me résume :

Premièrement, il n'est pas admissible de prétendre déduire des principes de droit international consacrés par la coutume un principe dérivé imposant le passage tel que défini dans les conclusions du Portugal.

Deuxièmement, il n'y a pas de nécessité logique ni de bonne foi qui imposent le respect par l'État enclavant de la souveraineté de l'État ayant un territoire enclavé, au point de devoir lui consentir le passage dans les conditions qui sont proposées. Un État peut valablement se refuser à se lier d'une manière aussi absolue et, lorsqu'il ne se lie pas, il n'y a pas de règle générale qui puisse être substituée à une convention dont il n'y a pas d'exemple.

Troisièmement, à supposer même qu'un droit de passage existe en circonstances ordinaires, il y a d'autres motifs que celui de la crainte de troubles intérieurs qui peuvent justifier un refus du passage réclamé par l'État possédant une enclave pour les besoins de sa souveraineté; un tel refus peut répondre notamment au souci légitime de la non-intervention en présence d'une insurrection, et ce souci doit être considéré comme particulièrement respectable dans l'esprit de la Charte des Nations Unies lorsque le mouvement insurrectionnel est l'œuvre d'une population qui se réclame du droit de disposer d'elle-même.

Et enfin, Messieurs, quatrièmement, si une obligation de passage avait existé telle que décrite, elle ne pourrait être considérée comme ayant

survécu aux circonstances manifestement nouvelles qui se présentent. Ainsi, Messieurs, les principes de droit international, loin de fournir un titre général à la prétention de nos adversaires, justifient à mon sens entièrement le refus que nous y opposons.

[Audience publique du 4 novembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ayant ainsi rencontré successivement le titre général que l'on prétend puiser dans une coutume générale et celui que l'on prétend dériver de principes de droit international public, il me reste à vous dire quelques mots des principes généraux de droit *foro domestico*.

La Cour se souviendra que c'est en réalité cela le sens qui très généralement est attribué à l'article 38, 3°, du Statut de la Cour.

En réplique, mon estimé contradicteur, M. le professeur Bourquin, a passé très rapidement sur ce point. Mais la rapidité a été compensée par une très grande assurance. Il vous a déclaré: « L'exposé du professeur Lalive est demeuré intact et le professeur Guggenheim a été trop technique, quelque intéressant qu'ait été son exposé, et il a perdu tout contact avec la réalité juridique. » Je pense, Messieurs, que cette appréciation sévère ne correspondra pas à celle de la Cour. Et je suis du reste porté à croire qu'elle ne répond peut-être pas à la pensée profonde de mes estimés contradicteurs qui, véritablement, dans cette affaire des principes juridiques basés sur la comparaison des droits privés internes, ont montré beaucoup d'hésitation, malgré l'effort remarquable qui a été fourni par mon collègue, le professeur Lalive.

Sans doute, si je consulte la requête, j'y vois figurer dans l'exposé du droit, sous le titre « Les principes généraux de droit », le principe déduit de législations internes qui donnent un droit d'accès aux titulaires d'une propriété enclavée. Mais si j'ouvre le mémoire, je ne trouve plus rien de semblable dans l'exposé des moyens de droit. Sous les mots « principes généraux de droit », au paragraphe 52, il n'est plus question que des effets du respect de la souveraineté et de la bonne foi. Et sous le paragraphe 42 je lis le texte suivant:

« Devant des situations de ce genre, les auteurs invoquent parfois la théorie dite des servitudes internationales. Pour un certain nombre d'entre eux, le droit de passage destiné à assurer les communications d'un territoire enclavé constitue une servitude, plus ou moins analogue à celle du droit privé. La doctrine est loin cependant d'être unanime au sujet de cette théorie.

Le Gouvernement portugais tient à déclarer, pour éviter toute équivoque, que ses revendications ne sont aucunement liées à la théorie des servitudes et qu'il n'entend pas prendre position dans la controverse que cette théorie soulève. Toute incursion sur ce terrain ne ferait que compliquer inutilement le débat et risquerait d'obscurcir une situation parfaitement claire.

Le droit dont le Gouvernement portugais se prévaut a un objet suffisamment précis, qui se dégage d'une pratique presque deux fois séculaire. Il comporte le transit des personnes et des biens, ainsi que le passage des représentants de l'autorité et de forces nécessaires pour assurer l'exercice effectif de la souveraineté dans les territoires enclavés.

Toute qualification doctrinale dont on pourrait l'assortir n'ajouterait rien à cette constatation. En revanche, elle aurait peut-être l'inconvénient de faire dévier la discussion en y mêlant des notions étrangères à la réalité juridique sur laquelle porte le différend. »

Vous pensez bien, Messieurs, que M. Bourquin et M. Telles, étant liés par cette condamnation formelle de la théorie des servitudes, ont formellement, eux aussi, répudié le transport de la servitude dans le domaine international. Mais je constate que dans le mémoire, lorsque l'on condamnait la théorie des servitudes, on ne la remplaçait, au point de vue comparaison des droits internes, par rien et que l'on écartait donc en bloc toute référence quelconque à la comparaison des droits privés. Il n'y a plus un mot dans le mémoire qui fasse allusion à l'application des principes généraux, au sens véritable que cette expression revêt dans le droit international. Tandis qu'aujourd'hui, tout en continuant à répudier le mot, on réintroduit la chose.

Ceci dit, je crois que c'est une façon trop expéditive que de se débarrasser de la plaidoirie de M. le professeur Guggenheim en la qualifiant de trop technique.

Je ne vais pas reprendre ici, dans le détail, la démonstration de mon collègue de la défense indienne. La Cour se rapportera au compte rendu, IV, pages 696 à 704.

Je me bornerai à souligner deux ou trois points.

Le premier, et le moins important, est le suivant : est-ce que vraiment il y a concordance entre les droits internes ? Assurément l'étude faite par M. Rheinstein est véritablement un travail de valeur d'un intérêt passionnant qui mérite d'être remarqué par ceux qui s'adonnent au droit comparé. Mais M. Rheinstein nous a montré à la fois qu'il y avait dans toutes les législations qu'il a consultées une solution juridique pour le problème du droit de passage, mais que cette solution était différente, qu'il s'agissait parfois d'un *jus in re* et que dans d'autres systèmes il s'agissait d'une simple obligation, que parfois elle était légale, que d'autres fois elle était coutumière ou jurisprudentielle, que parfois elle s'accompagnait d'une indemnité et que dans d'autres cas, au contraire, l'obligation était gratuite. L'on se demande vraiment, dans ces divers systèmes, quel est celui dont on prétend faire application au droit des gens.

Il y a une objection beaucoup plus grave et qui mérite d'être qualifiée de capitale, car elle crée à mon avis un obstacle insurmontable à ce transport. Elle se rattache à une préoccupation affirmée par le juge Anzilotti, déjà rappelée dans la plaidoirie de M. le professeur Guggenheim à la page 698 (IV). M. le juge Anzilotti exposait qu'on ne pouvait faire état d'une règle de droit privé qu'après avoir constaté que son caractère intrinsèque était adapté aux besoins de l'ordre juridique international. Or — je ne reviens pas sur la démonstration que je vous ai faite déjà —, mais véritablement entre les besoins de régler les rapports entre propriétaires d'un terrain enclavé et d'autres propriétaires, d'une part, et d'autre part les rapports entre États souverains dont l'un a un territoire enclavé et dont l'autre a le territoire intermédiaire, il y a un monde. Alors que la première hypothèse est une hypothèse absolument courante qui intéresse des centaines ou des milliers d'individus dans les divers pays et qui tout naturellement, au cours des siècles, a amené une réglementation qui présente certains points communs, l'existence d'enclaves est devenue

exceptionnelle, la souveraineté est restée très généralement imperméable et il s'en faut de très loin que la socialisation des droits, nous en avons déjà parlé, ait imposé à la souveraineté des États des limitations comparables à celles que subit la propriété privée des individus. La consolidation juridique des intérêts est infiniment moins développée, je n'ai pas besoin de vous le dire, dans les relations internationales que dans les rapports de droit privé.

Il y a une troisième considération.

Messieurs, il faut une analogie, non pas, peut-être, nous a-t-on dit, entre le concept de propriété privée et le concept de souveraineté. M. Bourquin après M. Telles se sont efforcés de nous démontrer que, bien que naturellement ce soient là des notions extrêmement différentes, il y avait analogie en ce qui concerne le passage, car le besoin était le même, le rapport entre propriétaires privés et souverains de territoires enclavés et de territoires intermédiaires était le même. Suivant cette conception, il y aurait égalité entre deux rapports: celui existant entre propriété privée enclavée et propriété intermédiaire d'une part, celui existant entre territoire enclavé et État intermédiaire d'autre part. Voilà leur thèse. Messieurs, elle est ingénieuse, mais elle ne résiste pas à l'examen. Car il faudrait me montrer que ces rapports sont véritablement semblables et que vous trouvez dans le droit privé la solution aux difficultés que je vous ai exposées. S'il s'agissait d'un État qui a une enclave, où il exploite des ressources minières naturelles, et que pour les besoins d'une exploitation domaniale, il ait besoin de passer par un territoire intermédiaire, je serais assez séduit et je considérerais qu'il y a peut-être effectivement, dans les besoins d'un État exploitant une enclave, une réelle similitude avec la situation d'un particulier exploitant une parcelle isolée. Mais telle n'est pas la situation que nous présente le Portugal. M. le professeur Guggenheim l'a souligné, il s'agit en l'espèce d'un État qui prétend exercer *sa compétence* dans un territoire enclavé, en passant sur le territoire d'un État qui lui aussi a compétence sur ce territoire intermédiaire. Et nous avons vu par l'analyse que j'ai faite du passage réclamé tous les aspects qu'il présente. Nous avons vu qu'il y a un problème pour les personnes privées et un autre pour les biens et un autre pour les forces de police et un autre pour les troupes armées. Alors, Messieurs, à quoi cela correspond-il dans le droit privé? Où allez-vous trouver des indications quant à la règle que vous devez appliquer? Est-ce que vous allez rechercher si le droit de passage en droit privé peut s'exercer avec un fusil par un chasseur? Reconnaissons-le, on ne trouve aucune indication quelconque dans le droit interne quant aux aspects habituels du passage interétatique et réclamé ou, si similitude il y a, elle serait déjà assez boiteuse.

Mais lorsqu'il s'agira de savoir si l'obligation d'accorder le passage doit s'exercer pour réprimer une insurrection, à quoi allez-vous comparer cela en droit privé? Comment le droit privé va-t-il vous permettre de répondre par l'affirmative ou par la négative? Et lorsque nos adversaires veulent bien concéder qu'il y a une exception à ce droit de passage quand son exercice compromet le maintien de l'ordre dans le territoire intermédiaire, à quoi cela correspond-il en matière de terres enclavées appartenant à des agriculteurs?

Et si je mets la question du passage en regard du principe de non-intervention, qu'est-ce que la non-intervention d'un propriétaire privé à l'égard d'un autre propriétaire?

Comme vous le voyez, nous sommes dans des domaines absolument différents. Et lorsqu'on me dit: ne vous occupez pas de la comparaison propriété-souveraineté, occupez-vous du droit de passage, je m'occupe du droit de passage et je constate que la comparaison ne révèle aucun point commun permettant de considérer les règles du droit privé comme adaptées aux besoins internationaux, et je ne peux qu'abandonner cette source comme étant totalement stérile.

Messieurs, j'en aurais fini s'il n'y avait pas une constatation complémentaire qui nous a apparue, à M. le professeur Guggenheim et à moi, le jour ou la veille de son départ, tandis que nous échangeions des vues sur la réponse que j'aurais à faire à la réplique qu'il avait entendue. Nous nous sommes aperçus qu'en réalité le problème envisagé par M. Rheinstein n'était pas du tout celui qui nous occupe, à savoir le passage entre deux territoires ou deux terres appartenant au même propriétaire ou souverain. M. le professeur Rheinstein expose dans son étude, à la page 714 (I) des annexes aux observations portugaises, que la situation des enclaves de Dadrá et Nagar-Aveli est analogue à la situation d'une parcelle *qui n'a pas d'accès sur la voie publique*. Pas d'accès sur la voie publique, Messieurs? Il ne s'agit donc pas de parer à une situation de démembrement ou de remembrement. Il ne s'agit pas du cas extrêmement fréquent où un agriculteur ayant des parcelles séparées doit passer sur le terrain d'autrui pour rejoindre l'une d'elles. Non. La question qui a été examinée par M. Rheinstein, c'est la question de l'accès à la voie publique. Où est la voie publique en matière internationale? Messieurs, je n'en connais qu'une, c'est la haute mer. Alors éventuellement, si vous voulez tirer quelque chose de l'étude de M. Rheinstein, vous vous êtes trompés d'application. C'est dans un tout autre domaine que vous devez chercher des leçons. C'est dans le domaine des États enclavés et pas dans le domaine du rapport d'un État avec son enclave.

Voilà, Messieurs, pour quelles raisons je crois que vraiment cette dernière source, pas plus que les autres, ne peut donner un résultat quelconque.

Alors, que reste-t-il de l'apostrophe éloquente par laquelle M. le professeur Bourquin terminait cet exposé, en montrant que la comparaison des droits privés révélait « quelque chose de simple et de profond », les règles de droit privé démontraient par leur concordance « l'existence d'un principe général qui n'est ni l'apanage exclusif du droit interne, ni celui du droit international, mais qui vaut pour l'un comme pour l'autre des deux ordres juridiques »?

Je regrette, Messieurs, mais c'est là un acte de foi, c'est une simple pétition de principe. A supposer qu'il y ait concordance entre les droits privés, je crois vous avoir montré que les divers problèmes posés par le passage des forces d'un État enclavé vers son enclave à travers le territoire d'un État étranger diffèrent du tout au tout de celui qui est posé par le droit privé, et que dans ces conditions, le droit privé ne peut vous être d'aucun secours, ne peut leur être d'aucun secours, et qu'en tout cas la règle telle qu'ils l'ont proposée n'y trouve aucun appui.

Me voici arrivé à peu près au bout de la première partie de ma tâche, la partie la plus importante. Il me reste, d'une part, à faire le point et à vous montrer quelle est l'importance de cette conclusion à laquelle je suis arrivé: à savoir l'inexistence des titres généraux. D'autre part, je voudrais montrer à la Cour quelle est l'incidence de cette première

conclusion, si vous la faites vôtre, sur l'examen des titres particuliers auquel vous allez, ensuite, devoir vous livrer.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'importance du rejet des titres généraux.

Messieurs, lorsqu'on lit la requête et lorsqu'on lit les conclusions du Portugal, l'on a, à première vue, l'impression que la question qui vous est soumise concerne exclusivement l'Inde et le Portugal. On vous demande en effet de vous prononcer exclusivement sur l'existence d'un droit de passage existant en faveur du Portugal sur un territoire indien.

Mais on invoque des titres généraux. Et je vous rends attentifs au fait que si, d'aventure, des titres généraux devaient être acceptés, il en résulterait que le Portugal possède un droit de passage du seul fait qu'il a la souveraineté sur une enclave, parce que tout État se trouvant dans sa situation qui exerce la souveraineté sur une enclave a droit au passage défini dans les conclusions. C'est cela, la portée d'un titre général. Il en résulterait que votre arrêt, s'il accueillait la demande portugaise, proclamerait que tout État dans la situation du Portugal possède un droit absolu de passage concernant les personnes, les biens, la police et les forces armées, dans toute mesure requise pour l'exercice de la souveraineté dans les enclaves, même en cas d'insurrection, quelle que soit la cause de cette insurrection, sous la seule réserve que le maintien de l'ordre dans l'État de passage ne soit pas compromis.

Je n'ai pas besoin de vous dire, Messieurs, que la proclamation de cette règle aurait un retentissement considérable. Je sais bien qu'aux termes de l'article 59 du Statut les arrêts de la Cour ne sont obligatoires que pour les Parties en litige et dans le cas qui a été décidé, mais il va de soi qu'ils créent une jurisprudence et que les États proches de territoires enclavés auraient toute raison de s'inquiéter de la révélation que, même en l'absence de traité, ils sont tenus à une obligation telle que je viens de la définir, au point que même dans le cas d'existence d'un traité particulier il suffirait que l'autre Partie le dénonce pour qu'elle retrouve le bénéfice de la règle générale plus favorable que vous auriez proclamée.

Monsieur le Président, M. Bourquin, qui reconnaît la gravité de la décision que vous êtes appelés à prendre, s'est inquiété de l'hypothèse inverse, celle que j'ai la faiblesse de croire plus probable. Et il vous a dit en termes bien sentis quelle était l'émotion que ressentiraient, suivant lui, les États possesseurs d'enclaves en cas de rejet de la demande du Portugal.

Je crois pouvoir rassurer les conseils du Portugal et la Cour sur ce point.

Si les titres généraux sont écartés et si la règle générale disparaît dans l'oubli, soyez-en convaincus, le Basutoland continuera, comme par le passé, à être administré par un haut commissaire britannique, faisant, à la fois, office d'agent diplomatique en Afrique du Sud.

La question ne se posera pas de savoir si la règle doit être appliquée au Swaziland et le Portugal sera à l'abri d'une réclamation d'exercice du droit de passage.

La question ne se posera pas de savoir si les 150 enclaves pakistanaïses dans l'Inde, et les 150 enclaves indiennes dans le Pakistan dont, actuellement, on négocie l'échange, vont se trouver brusquement soustraites aux bénéfices ou aux inconvénients résultant de la nouvelle règle.

Les Pays-Bas et la Belgique, qui n'ont pas attendu la révélation de cette règle pour résoudre de façon libérale, à titre de réciprocité, depuis

le XVI^{me} siècle, leurs divers besoins de passage, ne verront dans votre arrêt aucune raison de mettre fin à cet usage immémorial.

Le drapeau portugais continuera à flotter fièrement sur la forteresse de Saint-Jean Baptiste d'Ajuda, et les soldats de la garnison, comme par le passé, pourront se rendre tous les soirs dans le village pour y faire leurs emplettes et pour, éventuellement, y rencontrer les habitants et les habitantes et converser avec elles « avec douceur ».

Et quant à l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, ils se féliciteront, sans aucun doute, d'avoir négocié des traités qui ont consolidé, dans une mesure raisonnable, la satisfaction des besoins de passage normaux, sans que leurs partenaires, la France et la Suisse, aient à s'inquiéter de voir ces traités dénoncés.

Monsieur le Président, le rejet de la règle générale n'aura pas seulement comme intérêt de ramener le litige à ses dimensions bilatérales, de ne plus intéresser que le Portugal et l'Inde et de ne pas engager la Cour dans l'entreprise périlleuse de définir une règle de droit générale; il aura aussi une répercussion directe sur l'examen des faits qui sont invoqués à titre particulier, et c'est le point que je voudrais encore développer.

Les faits que l'on a invoqués à titre particulier et que rencontrera pour la dernière fois M. l'*Attorney-General* Setalvad sont de deux ordres: il y a d'une part une ou plusieurs conventions et d'autre part des faits dont on prétend déduire une coutume locale. En ce qui concerne les conventions, assurément en théorie il y a parfaitement place, en l'absence d'une coutume générale, pour une convention particulière instituant un droit de passage. Nous en avons vu divers exemples. Mais, Messieurs, l'on ne soutient plus qu'il y a entre l'Inde et le Portugal une convention particulière instituant directement le droit de passage. Le maximum aujourd'hui que le Portugal tente de démontrer et qui est du reste dénié par l'Inde, c'est qu'il y a des conventions qui ont transféré la souveraineté sur les enclaves de l'empire mahratte au Portugal et que ce transfert de souveraineté implique un droit de passage. Or, cette doctrine de l'implication, c'est une vieille connaissance. Je l'ai combattue à longueur de journée dans ma première plaidoirie et je l'ai rencontrée à nouveau ce matin. Dans ces conditions, il paraît superflu que j'y revienne. Qu'on l'appelle nécessité logique, implication, corollaire, bonne foi ou de quelque nom que vous vouliez l'appeler, qu'il s'agisse de reconnaissance de souveraineté ou d'interprétation d'un traité, c'est toujours le même argument, et si vous l'avez rejeté comme justifiant l'admission d'un principe dérivé des principes fondamentaux de droit international public, vous devez par identité de motifs le rejeter comme corollaire d'un traité de transfert de souveraineté, en sorte que d'avance — je m'en excuse auprès de M. l'*Attorney-General* — toute cette partie de sa démonstration va se trouver être superflue. Que le traité de 1779 existe ou qu'il n'existe pas, que le traité ait eu pour objet une concession fiscale de *jagir* ou un transfert de souveraineté, en tout cas, au point de vue du droit de passage, il n'y a rien à en tirer; la règle suivant laquelle l'accessoire suit le principal ne trouve pas d'application.

En ce qui concerne le deuxième point qui sera examiné, à savoir: la pratique locale, l'incidence du rejet des titres généraux est à peine moins importante. Mais puisque j'ai prononcé le mot de « coutume locale », je vais devoir à nouveau m'interrompre un instant pour défendre l'absent: mon collègue M. Guggenheim, qui décidément a été la cible de prédi-

lection des conseils du Portugal, contre les nouvelles querelles qu'on lui a cherchées à propos de « coutumes locales ».

Est-ce que les coutumes locales existent ou est-ce qu'elles n'existent pas?

M. Telles est revenu sur la question au compte rendu, pages 81 à 82, et il a accusé M. Guggenheim, qui avait nié l'existence de coutumes bilatérales, de se trouver en opposition avec ses écrits. Expliquons-nous rapidement : le mot « coutume locale » est peut-être un mot malheureux. Car « coutume locale » peut désigner à la fois des coutumes « régionales » et aussi des coutumes « bilatérales ». Et en tant que coutumes « régionales », le professeur Guggenheim, dans son ouvrage, comme ici à la barre, a reconnu qu'il existait des coutumes régionales, et tous ceux qui sont le moins du monde au courant du droit international en vigueur dans les pays américains reconnaissent qu'il existe effectivement une coutume régionale américaine. Aucun de nous n'a songé à le contester.

Mais la question des coutumes bilatérales est beaucoup plus délicate, car une coutume, comment se forme-t-elle? Elle se forme lentement par une pratique qui n'est pas toujours le fait des organes responsables des États, ni du pouvoir législatif, ni même des chefs de l'exécutif, que l'on constate chez des sous-ordres, où l'on ne peut que présumer l'accord des hautes autorités, et qui aboutit, sans que l'on puisse nécessairement le relever dans un même degré chez tous les États qui y sont soumis, à la formation de règles abstraites.

Or, si cela peut se concevoir pour l'universalité des États, ou pour une communauté d'États, cela devient beaucoup plus difficile à concevoir en ce qui concerne deux États. Pour que deux États arrivent à former des règles exceptionnelles dérogoratoires au droit commun et par lesquelles ils seront dorénavant liés, il paraît vraiment nécessaire que ce soit par leurs organes responsables que cette pratique nouvelle ait été instituée, ou qu'on ait la preuve du consentement. A l'appui de son interprétation, qui réduit à l'accord tacite la possibilité de formation de règles propres à deux États, M. Guggenheim a cité l'avis consultatif B 18 émis par la Cour permanente de Justice internationale en ce qui concerne la *Ville libre de Dantzig*. Voilà pour la première contradiction.

Alors on a imaginé qu'en donnant cette explication, M. Guggenheim avait versé dans une autre contradiction, à savoir qu'il donnait à la coutume bilatérale comme fondement le consentement tacite; alors que dans ses écrits, dans son enseignement, il avait toujours écarté le consentement tacite comme base de la coutume. Cette fois, Messieurs, le reproche vraiment n'a même pas une apparence de fondement. Précisément, M. Guggenheim, fidèle à lui-même, refuse la qualification de « coutume locale » à ce qui selon lui est un accord tacite. Il n'y a pour lui pas place pour une coutume bilatérale précisément parce que selon lui, seul un accord tacite peut donner lieu à une règle spéciale obligatoire entre deux États. Cette attitude est donc pleinement consistante avec la théorie suivant laquelle une coutume ne peut avoir pour base un accord tacite.

Mais j'ai hâte de quitter cette controverse d'aspect personnel pour souligner que du point de vue pratique il paraît nécessaire de décider, avant d'examiner la pratique locale, si on est en principe disposé à admettre qu'elle peut conduire à une coutume, ou si on entend exiger, pour lui donner effet obligatoire, qu'elle présente le caractère d'un accord tacite.

Si, je ne le croyais pas, je ne me serais pas permis, même pour défendre M. Guggenheim, de retenir pendant quelques instants supplémentaires l'attention de la Cour sur les thèses qu'il a développées. Je crois que la différence pratique entre les deux attitudes possibles à l'égard de la pratique locale est la suivante, c'est que s'il s'agit de coutume locale on pourra, comme je l'indiquais, établir cette coutume locale par les usages concordants relevés tantôt chez un État, tantôt chez l'autre, pas au même moment, pas simultanément, tandis que s'il faut un accord tacite, on devra prouver, dans le chef des organes responsables, l'existence d'une volonté bien établie au même moment de se conformer dans leur conduite à une règle nouvelle particulière.

Ceci dit, j'en reviens à ma préoccupation initiale: quelle est l'incidence sur l'examen de la pratique locale de l'admission ou du rejet de la coutume générale qui a été alléguée? Je crois, Messieurs, que l'incidence est la suivante: si vous aviez reconnu l'existence d'une coutume générale, eh bien! Messieurs, l'examen de la pratique suivie entre l'Inde et le Portugal présenterait sans doute un certain intérêt, en ce sens que vous pourriez voir si elle est conforme à la pratique générale que vous avez constatée, auquel cas vous trouveriez dans la pratique suivie par l'Inde et le Portugal la confirmation de la règle de coutume générale que vous auriez reconnue. Mais dans ce cas j'attire votre attention sur le fait qu'il n'y aurait certainement pas de coutume locale. Il n'y aurait même pas de titre particulier, car — je pense que sur ce point nous devrions être tous d'accord — par définition, une coutume locale est une règle particulière s'écartant du droit général, née d'un usage, avec une volonté d'accepter une obligation juridique différente de celle qui est généralement admise dans le reste du monde, et qui a donné naissance à une situation juridique. Il n'est pas possible de se réclamer à la fois d'une coutume locale et d'une coutume générale. Par contre, il serait également possible que l'examen même d'un cas où vous avez constaté une coutume générale, que l'examen de la pratique suivie entre l'Inde et le Portugal vous conduise à l'opinion qu'il y a là une coutume différente, une pratique différente donnant naissance à une règle différente qui déroge au droit général. Cette possibilité, Messieurs, de dérogation par la voie coutumière a été indiquée notamment par l'un de vos membres, M. Spiropoulos, dans son *Traité de droit international public*, où à la page 29 il indique:

« Les règles du droit conventionnel et celles de la coutume ont même force obligatoire, de sorte qu'une coutume contraire postérieure peut déroger à un traité antérieur. »

Et ce qu'il dit d'un traité antérieur est vrai aussi d'une coutume antérieure ou d'une coutume universelle à laquelle il serait dérogé localement.

Mais je reconnais que si la pratique locale était conforme à la pratique générale, on présumerait qu'elle s'accompagne localement aussi de l'élément psychologique relevé ailleurs!

Mais s'il n'y a pas de règle générale, alors la pratique locale, pour pouvoir être retenue par vous comme ayant une importance juridique, doit être « *self-supporting* », elle doit être autonome, elle doit contenir à elle toute seule tous les éléments non seulement de continuité dans la pratique, mais les éléments de conviction juridique, la démonstration que l'Inde et le Portugal ou, avant, l'Inde, la Grande-Bretagne et le Portugal, ont voulu cette chose à première vue étonnante: se lier tacitement par une règle qui n'existait pas dans le droit international général.

C'est une hypothèse; elle n'est pas absolument exclue, mais vous vous rendez compte combien, ayant rejeté la règle générale, vous allez devoir vous montrer exigeants pour admettre qu'en l'espèce elle s'est réalisée.

Ainsi, Messieurs, je crois qu'après avoir constaté que le rejet des titres généraux condamne par avance à la stérilité en tant que titre particulier toute convention entre l'Inde et le Portugal ou entre l'empire mahratte et le Portugal qui aurait eu pour seul objet le transfert de la souveraineté dans les enclaves, nous sommes arrivés à cette deuxième conclusion qu'en ce qui concerne l'examen de la pratique suivie pendant 175 ans, le rejet des titres généraux doit conduire la Cour à se montrer particulièrement stricte, puisqu'il incombe au Portugal d'établir que le Portugal, d'une part, l'empire mahratte et la Grande-Bretagne, d'autre part, ont eu la volonté de créer et de maintenir pour les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli une obligation juridique particulière inconnue du droit international général.

M. l'*Attorney-General* vous démontrera une fois de plus qu'il ne peut être question, dans l'effet de la cause, de l'existence d'une coutume locale pareille — ou d'un accord tacite ayant cette portée —, et je prie Monsieur le Président, après la traduction, de bien vouloir lui donner la parole.

25. REJOINDER OF SHRI M. C. SETALVAD

(AGENT AND COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARINGS OF 4 AND 5 NOVEMBER 1959

[Public hearing of 4 November 1959, afternoon]

Mr. President and Members of the Court.

Now that my distinguished colleague Professor Rolin has so exhaustively and, if I may say so, so ably dealt with the general titles on which Portugal has relied, it will be my task to deal with the special titles which arise for consideration in this case. I shall deal first with the particular titles which Portugal bases on the events which took place in the Maratha period.

The Court will remember that in my address on 14 October 1959 (English text—this is the text which I shall refer throughout to—Verbatim Record, IV, p. 707), I stated that the facts of the Maratha period had little value and relevance. May I, in a few words, emphasize that observation?

As the Court knows, Portugal seeks support from the facts of the Maratha period in two ways. It bases its particular title in the right of passage on an obligation said to have been undertaken by the Marathas under the alleged Treaty of 1779. It also relies on the exercise of the right of transit during this period as establishing its title by local custom (Verbatim Record, 14 October, IV, p. 707 and the following pages).

Let us assume, for the purposes of argument, we do not of course admit it, that there was a treaty concluded between Portugal and the Marathas in 1779. Let us further assume that the two documents alleged to have been exchanged, namely, the document in Portuguese dated 4 May 1779 and the document in Marathi dated 17 December 1779, represent the true text of the alleged treaty. Let us assume again, and this is very much in debate, that the relevant provisions of this text (Article 17) make a grant of sovereignty to the Portuguese of unspecified villages. Making all these assumptions, we are yet faced with the position that there is no provision in the alleged treaty which grants a right of passage. This is now undisputed. Obviously the alleged treaty could not contain such a provision because it was then intended to make a grant in reference not to the enclaved villages but villages adjoining Daman. But, says Portugal, though there is no provision in the treaty granting a right of passage, such a right of passage arises by implication from it. When could such an implication arise? Certainly not at the date of the alleged treaty, namely, 1779, for the simple reason that no grant in reference to any enclaves was then contemplated. But it is urged that when a grant in reference to enclaved villages was decided upon in 1783 and 1785, instead of the villages adjoining Daman, this implication arose in some very mysterious manner from the treaty, which never contemplated a grant in reference to any enclaved territory at all. In our submission, this is an extremely far-fetched and totally inadmissible contention.

Why is this implication alleged to arise? Because, it is said, the grant of sovereignty necessarily carries with it the grant of means to make it

effective. So stated, the contention is no different from the general principles of international law relied on by Portugal which, it asserts, lay down that sovereignty of enclaved territory necessarily implies a right of access to it.

Thus it appears to us very clear that when Portugal bases its claim to a right of passage on a treaty, it really and truly is basing its claim not on the treaty but on the general principles I have mentioned. It is only a claim based on those principles disguised in another form.

Portugal has attempted to find even further support for the right of passage she claims from the alleged treaty. She asserts that even if the Marathas did not grant her sovereignty over the villages, and even if she acquired it by prescription or long occupation, she would still be entitled to base her claim to the right of passage on the alleged Treaty of 1779 (Verbatim Record, p. 53). It says that it can do so because its possession of the enclaved villages originated in the grant made by the alleged treaty. I would not be exaggerating if I characterize such an argument as being completely without basis. In the hypothesis assumed by Portugal, her title to the sovereignty of the villages will have no relation whatever to the treaty. It will have its roots in what our learned friends on the opposite side have called prescription and long occupation and what we, on our side, have called usurpation.

Further, one may not forget what has been repeatedly pointed out, on the last occasion by my learned colleague, Sir Frank Soskice, that when a treaty obligation was alleged against the British by Portugal in 1818, the British in terms stated:

“that the alleged Treaty could not be considered in any degree binding on the British authorities” (Annex C 33 to the Counter-Memorial).

The Portuguese acquiesced in that repudiation of the treaty by the British throughout the British period of over one hundred and thirty years. The conclusion—in my submission—is irresistible, that if ever the treaty in some manner gave rise to an obligation to a right of passage, such an obligation died at the commencement of the British period and remained buried throughout that period.

How can then Portugal continue to insist on the right claimed by her being derived from or based on the alleged treaty? It appears to us that even if the facts relating to the treaty and the interpretation of the treaty were as Portugal would have them, she could still not derive any support for a right of passage from the alleged treaty.

As to the reliance on local custom placed by Portugal, I have demonstrated in my speech on 14 October (Verbatim Record, IV, pp. 710-714) that Portugal has not

“given any proof of any practice of passage during that period (the Maratha period) which can form the basis of any local custom”.

But even if one granted that there was some proof of the practice of passage during the Maratha period, it is obvious that such proof can have no value and cannot prevail against the inferences to be drawn from the way in which passage took place during the century and more of the British period. Whatever the position in the Maratha period, the inferences and conclusions to be drawn from the events of the British period must evidently be decisive.

It is, Mr. President, for these reasons that we maintain that the facts of the Maratha period are of little importance to the issues in debate.

Yet Professor Telles has devoted considerable time to the facts of that period. It will therefore be my duty to deal as briefly as I can with some of the contentions which he raised, and maintain that the submissions which we have made in regard to the facts of that period and the inferences to be drawn from them are fully borne out by the documents on the file.

[Public hearing of 5 November 1959, morning]

Mr. President and Members of the Court, resuming my observations on the Maratha period, as we see it, the documents clearly establish that all that the Marathas granted to the Portuguese was revenue amounting annually to 12,000 rupees to be collected from the Maratha villages of Dadra and Nagar Aveli.

The decision to make this grant was made in 1776.

A treaty of friendship and navigation was being negotiated and it was proposed to mention this grant in Article 17 of that treaty. The treaty, however, was, in our submission, not finally concluded.

A grant was nevertheless made in 1783. This grant was not sufficient to make up the sum of Rs. 12,000. Accordingly a further grant was made in 1785.

A grant of the same nature of the value of Rs. 3,000 was made at the same time to Dhume—the envoy of the Portuguese Government.

The grant in both cases was a saranjam or jagir grant.

The grantees and their agents or contractors collected this revenue in cash or in kind. The revenue which was collected in kind consisted of agricultural produce and was called “jame” or “jama”. From time to time the Maratha Government exempted this jame from the levy of taxation—“zakat”, Maratha tax—a tax which was collected by the Marathas in Nagar Aveli as well as in other parts of the Maratha domains.

In course of time, as the Maratha power declined, the Portuguese began to usurp the rights of the Marathas in the villages of Dadra and Nagar Aveli. The Portuguese threatened military measures against the Marathas. The Marathas protested against the attitude adopted by the Portuguese, and threatened the termination of the revenue grant. In fact they so terminated it in 1817. However, while the grant of saranjam stood, as of that time, legally revoked, the Marathas did not have the means to evict the Portuguese. When in 1817-1818 the Marathas were defeated and conquered by the British, the Portuguese were in occupation of Dadra and Nagar Aveli. In 1818 the Portuguese wrote to the British in Bombay claiming that the Marathas had ceded Nagar Aveli to them under a treaty of 1780. The British were not shown that treaty and they did not enquire into the truth of the Portuguese assertion of title to these territories. So the Portuguese continued to be in occupation of Dadra and Nagar Aveli.

That, Mr. President and Members of the Court, is the story of the Portuguese occupation of Dadra and Nagar Aveli.

We submit that it has been established by the documents produced by us that no treaty was finally concluded between the Marathas and the Portuguese, that the Marathas did not cede the territories of these villages

to the Portuguese and that the Marathas never created, recognized or accepted a right of passage over their territory.

I shall now examine briefly, Mr. President, some of the contentions urged by Professor Telles in regard to the alleged treaty and the nature of the grant received by the Portuguese from the Maratha Sarkar.

Professor Telles has asserted (Verbatim Record, p. 50) that a treaty was concluded by the exchange of authentic texts including:

“one authentic text in the Portuguese language signed, sealed and sent to Punem on 4 May 1779 by the Viceroy of Portugal”.

This statement of Professor Telles, which is a repetition of a similar statement, an earlier statement, by Professor Braga da Cruz (Verbatim Record, IV, p. 334), is manifestly incorrect, because we have established that the original document dated 4 May 1779, signed and sealed by the Portuguese, is still lying in the Portuguese archives and was never forwarded to the Marathas.

Professor Telles, who dealt with the Maratha period at considerable length, has given no explanation as to how and why an intercalated Portuguese Marathi text, undersigned by Camara on 4 May 1779 and by De Souza on 11 January 1780, comes to be still lying in the Portuguese Archives. Nor has Professor Telles made the slightest attempt to contradict, in any manner, the testimony of the Portuguese archivist Biker that the document now lying in the Portuguese archives is the *original* text of 4 May 1779.

Biker reproduces this original text at page 62 of Volume VIII of his work, gives the page number of the “Livro de Pazas” (the Second Book of Peace Treaties), and describes the document to be found there as bearing “The seal of the Portuguese royal arms in red wax”. He writes in a note of explanation “This *Treaty* consists of intercalated Marathi and Portuguese texts”. It is this document, I submit, which contains the signatures of Camara and De Souza, as is obvious from what Biker states and as also appears from the photocopy produced by us. This then is the official Portuguese text which Portugal contends was sent to the Marathas.

The irresistible inference from these records and indisputable facts is that there was no exchange of texts of the alleged treaty. The Marathas did not receive the official Portuguese text, it is still lying in the Portuguese Archives. The only manner in which Portugal alleges a binding treaty to have been arrived at thus stands refuted. Portugal, we submit, has failed to establish that the Treaty of 1779 was concluded between her and the Marathas.

Mr. President, I had occasion to relate in my speech of 14 October (Verbatim Record, IV, pp. 716-717) how we came to find the document the photocopy of which, with the intercalated Marathi text, is printed as Indian Annex F No. 23. The original of this Annex has, as we have already pointed out, at no time been produced by Portugal. Are we not justified in suggesting that Portugal deliberately kept back the original in the hope of being able successfully to urge that authentic texts of the treaty had in fact been exchanged? She also hoped to avoid the inference which must inevitably follow from the intercalated Marathi translation, which is a part of the document and which contains the word “jagir”, so incongruous with the Portuguese case.

There is yet another point on which Counsel for Portugal has maintained a discreet silence.

If there was a concluded treaty, there must exist an agreed text of the treaty binding on the parties. Yet no such agreed text has been put forward by Portugal.

On 14 October I referred (Verbatim Record, IV, pp. 719-721) to material divergences in the different texts and versions of Article 17 of the alleged treaty. I referred to the prohibition contained in the Maratha text of 17 December. Under that text the Portuguese are prevented from raising "imarat", that is fortifications—literally, buildings or structures.

We do not see an acceptance of this obligation in Article 17 in the Portuguese text of 4 May/11 January.

What are we to conclude? Was there a treaty? Were the Portuguese bound by this prohibition contained in Article 17?

The true position clearly is that the Maratha text of 17 December was a proposal which was never accepted by the Portuguese.

Professor Telles has omitted altogether to deal with this position. He had also nothing to say about the mistranslation carried out by Wagh and the approval of that mistranslation by the Queen of Portugal. Nor did he explain how the words "on the part of the Sarkar" came to be omitted in the French translation which Portugal presented to the Court as Annex 1 to the Memorial. In this connection I would again respectfully draw the attention of the Court to the Verbatim Record, IV, pp. 719-721. It is, we submit, clear that, first, the formalities laid down in the document of 1779 were not observed; (b) that there is no document which contains the seal and signature of both parties; nor is there a document which can be said to have been accepted by both parties. We further submit that even assuming that an exchange of authentic documents could have constituted a treaty, no such exchange in fact took place. The official Portuguese text alleged to have been sent to the Marathas is still lying, as I have already pointed out, in the Portuguese archives of Goa. The Marathas sent a text on 17 December 1779, which was different from the Portuguese text of 4 May. Article 17 of the Maratha text contained a prohibition on the raising of imarat by the Portuguese. There was thus a clear and important divergence in the texts alleged to have been agreed to by the parties.

In our submission, Mr. President, Portugal has failed to discharge the burden which lay upon her of proving that a treaty was concluded between her and the Marathas in 1779.

This brings me, Mr. President and Members of the Court, to the nature of the grant in fact made by the Marathas in 1783 and 1785.

On the afternoon of 14 October (Verbatim Record; IV, p. 725), I referred to the Maratha decision in 1776 to make a saranjam grant to the Portuguese and to Narayan Vithal Dhume. I referred to the Maratha document of 24 August 1776 (at Indian Annex C No. 6), to the letter of Narayan Vithal Dhume dated 26 August 1776 (Annex 25 of the Portuguese Reply), and to the Maratha documents of 1780 (at Indian Annex C No. 8). I demonstrated the identity of the saranjam grants to the Portuguese and to Dhume and their origin in the Maratha decision of 1776.

I pointed out (Verbatim Record, IV, pp. 725-727) that the grants to Dhume and to the Portuguese were in identical terms and that the origin

of both these grants lay in the Maratha decision of 1776. It is admitted that the grant to Dume was a saranjam grant and that it stood revoked at his death. What reason is there then for refusing to conclude that the grant to the Portuguese, made in identical language and under the same decision of 1776, which called both the grants saranjams, was not also a revocable grant of revenue? One of the rules of construction of treaties on which Counsel for Portugal has relied is that the purpose of a treaty must influence its true interpretation (Verbatim Record, IV, p. 386). In the case of this grant, the purpose was clear. A sum of rupees 12,000 was needed, in the words of Counsel for Portugal, for "provisioning Daman". That is what was granted to the Portuguese, a revenue grant which was to produce the required amount year by year.

Counsel for Portugal have made no attempt to deal with these arguments. Professor Telles said not a word about the proven identity of the two saranjam grants and their common origin in the document of 1776.

Professor Telles made a surprising, and I think manifestly incorrect, statement which will be found at page 53 of the Verbatim Record of 27 October:

"The Indian Government solely relies upon the fact that in a few Maratha documents—which are indeed quite rare—the word jagir or the word saranjam is used."

Mr. President and Members of the Court, there are in the file eighteen documents of the Marathas between the years 1776 and 1817 which describe the grant as jagir or saranjam, and not less than 36 other documents which contain words denoting a revenue assignment. There are yet other documents filed in the Registry by the Portuguese which are not printed but which have been examined by our experts. At least six of these documents of dates between the years 1784 and 1802 are found to contain the description of the grant as saranjam.

However, the most important document which describes the grant as a jagir is, as the Court knows, to be found in the official Portuguese text of 4 May/11 January.

It cannot be, as seems to be suggested by Counsel for Portugal, that the word jagir crept into the translation intercalated in the Portuguese text of 4 May/11 January, solemnly signed and sealed, by a mere accident.

Nor can one accept the explanation offered by Counsel for Portugal (Verbatim Record, IV, p. 353 and V, p. 57) in all seriousness, that the word jagir is the Marathi translation of the word "contribution". Is it not clear that the words "contribution of 12,000 rupees" are a translation of the Marathi words "Jagir of 12,000 rupees"?

Professor Telles says at page 57 of the Verbatim Record of 27 October:

"the question will still remain whether the word jagir was used in a technical or legal sense or simply in order to translate the Portuguese word 'contribution' in the sense of a *gift*, *allowance*, or *aid* which that word preserves in our language".

But let us not forget the exact words in the Portuguese text of 4 May 1779. The text reads, and I quote: "contribution of 12,000 rupees start-

ing from this year". Those are the words which appeared in the Portuguese text.

We submit that the words "starting from this year" indicate quite clearly that the grant was an annual grant, an annual subsidy.

Even according to the Portuguese text, then, what was intended was an annual grant of 12,000 rupees. The Marathas were to make a gift, an allowance or an aid of 12,000 rupees a year. This yearly grant was to continue as long as the consideration of friendship held good. Even assuming the existence of a treaty, the grant could be terminated on the failure of that consideration, or by the denunciation of the treaty. It was *not a permanent, irrevocable grant*.

We have already referred to the account papers which were maintained by the Maratha Government from the time of the grant till the extinction of their power in 1817. As the Court is aware, these papers refer to the amount of the grant as annual expenses incurred in reference to the Portuguese. The grant was subject to annual audit and sanction.

The fiscal or revenue character of the grant made by the Marathas to the Portuguese, as to Dhume, is therefore, in our submission, abundantly clear from the documents on the file.

May I, with your permission, do no more than enumerate certain clear indications of the saranjam or jagir nature of the grant to the Portuguese?

We have first the document at Annex 25 to the Portuguese Reply which shows that the Marathas required from the Portuguese the traditional tribute from the grantee of a saranjam, the tribute known as nazarana.

Further, a number of documents show that both the Portuguese and Dhume were prohibited from raising imarat, that is, fortifications, or, literally, buildings or structures. We have shown that it was the practice to include this injunction as a term of a saranjam grant.

What is more, the items of revenue included in the saranjam grant to the Portuguese and to Dhume were clearly specified. The rights of certain beneficiaries known as watandars or haqdars were left unaffected. This is particularly clear from the documents at Indian Annex C Nos. 10 and 11.

It is also significant that the Marathas reserved to themselves the right to levy certain taxes in the enclaved villages themselves.

Further, the excess over the stipulated sum (known as towfeer) was to be returned to the Maratha Government. This is admitted in the document at Annex 32 to the Portuguese Reply.

The saranjam grant, being capable of suspension, was, as has been pointed out, suspended or attached on several occasions.

And finally, the Marathas threatened to revoke the grant in 1814 and did in fact revoke it in 1817. This is clear from the document at Annex 42 to the Portuguese Reply which has been reproduced in full at Indian Annex F No. 50, and from the document at Indian Annex C No. 31.

Mr. President and Members of the Court, I submit that it cannot be doubted that the grant made by the Marathas to the Portuguese, as to Dhume, was a grant of revenue in a tenure known as saranjam or jagir.

In order to escape the inevitable inference which must follow if the nature of the grant was saranjam or jagir, Counsel for Portugal have drawn the Court into what we submit is an irrelevant discussion of the Indian Public Law on saranjam and jagir. Questions have been raised

whether the words "saranjam" and "jagir" had one meaning only, or more; whether a saranjam or jagir grant was hereditary or non-hereditary; whether there was a presumption in favour of a grant of the soil or in favour merely of a grant of the revenue. These questions, we submit, have no relevance to the real issue.

Let us not forget that the real issue is that Portugal obtained a cession of territory and the transfer of sovereignty from the Marathas under the alleged treaty. Whatever be the nature of a saranjam grant and even if we assume for the sake of argument that it can be irrevocable and hereditary, and a grant of the soil, even the Portuguese have not suggested that a saranjam grant can amount to cession of territory in sovereignty. How then does Portugal profit by raising these questions?

On 14 October, I submitted to you, Mr. President and Members of the Court, a brief but comprehensive *résumé* on this subject and I demonstrated the futility of Portugal's arguments. I respectfully refer the Court to pages 727 to 729 (IV) of the Verbatim Record of that day. Professor Telles has, I submit, failed to deal with what I urged.

We have, in our pleadings and annexes, shown the history and incidents of the tenures known as saranjam and jagir and examined the decisions of the Indian Courts and the Judicial Committee of the Privy Council which clearly establish that they are always revocable, whether hereditary or not, and whether they are created by a treaty or otherwise. In any case, no saranjam or jagir can have as its incidence a transfer or cession of territory in sovereignty. I do not wish to repeat any part of what has there been so fully stated. I would only refer the Court respectfully to paragraphs 136 to 141 of our Rejoinder.

Portugal has, we submit, failed to prove the cession of sovereignty to her of Dadra and Nagar Aveli by the Marathas. Her alleged title to the right of passage based on a treaty does not therefore subsist.

I shall next, Mr. President, make a brief reference to the title to the right of passage founded by Portugal on the practice as to passage which is alleged to have started immediately after the Portuguese came into possession of the villages and to have continued till the British came on the scene in 1818.

Mr. President, on 14 October, I examined at some length the Portuguese argument on "local custom" and demonstrated that Portugal had failed to lead evidence which could establish such a custom during the Maratha period. I do not wish to repeat what I have stated there and would respectfully draw the attention of the Court to the Verbatim Record, IV, pages 708 to 714.

I shall however make two brief observations. I would remind the Court of the document at Annex 33 to the Portuguese Reply reproduced in full at Indian Annex F No. 43, which is a letter from the Portuguese envoy, Dhume. It conclusively shows that the Marathas could have stopped the collection of Jame and the movement of produce of Nagar Aveli according to their discretion. The exemption from Maratha tax was equally a matter of bounty and discretion.

As regards despatch of Portuguese troops, Professor Telles conceded that the Portuguese documents referred to the despatch of armed forces "in the form of a threat" (Verbatim Record, 27 October, p. 61). Professor Telles made no attempt to answer the statement I made on the 14th October, which with your permission I shall quote (Verbatim Record, IV, at p. 713):

“If these documents support the Portuguese claim—and they are relied on for that purpose in the Memorial—the conclusion would seem to be inevitable that Portugal seeks to assert a claim, not only to a military right of passage without the permission of the Marathas but a right to take Portuguese armed forces into Maratha territory against the will of the Marathas and in order to deal with the Marathas in a military way.”

That observation which I addressed to the Court remains, I submit, unanswered. I submit that Portugal cannot rely on measures of force and intimidation used against the Marathas themselves and ask the Court to infer a local custom from such measures.

That concludes, Mr. President, my observations on the Maratha period and I shall pass on next to deal with the British period.

Mr. President and Members of the Court, Sir Frank Soskice, who dealt with the British period at an earlier stage, reminded the Court at the opening of his address that when the events of the period are properly understood they were nothing less than decisive on the issue in the case. The Court will remember how Sir Frank examined the facts in detail, and proceeded step by step to the inevitable conclusion that with these facts, the claim now made by Portugal simply cannot be reconciled. After this demonstration which Sir Frank made, it would be quite superfluous for me to enter once more into the particulars of these events.

Such a course is the more unnecessary because of the way in which Professor Telles dealt with this period in his reply. We did not hear from him any attempt to answer in detail the arguments of Sir Frank Soskice. Upon the careful structure of fact fitting into fact which supports Sir Frank's conclusions, Professor Telles made no attack. He preferred to deal in wide generalities and theoretical propositions. Our account of the actual incidents which make up the history of the British period has thus gone almost unchallenged. So it is unnecessary for me to embark upon a detailed rejoinder.

We can understand very well why Professor Telles adopted the course he did. When close inspection will reveal dangerous details, it is safer to be content with a distant view. When particular facts are inconvenient, there is always a temptation to confine oneself to generalizations. That is the method which Professor Telles found it prudent to adopt. He even made it a matter of reproach that we had not done the same. He complained that Sir Frank Soskice, instead of putting forward “concepts or principles”, had simply proceeded “to examine the facts in a spirit of sophistry” (Verbatim Record, 27 October, p. 68). I do not pause over this accusation of sophistry, for I am content to leave the Court to judge whether it is deserved. What Professor Telles really wishes to suggest, apparently, is that we should have followed his example in placing concepts and principles before an examination of the facts. With all respect to him, we prefer to put first things first. We are dealing here with historical events. The first task is to discover what the facts are. Only when that has been done can interpretation usefully begin, and concepts and principles be applied. Did we really make a mistake in deciding that the facts must be examined first?

Let us recall for a moment what we discovered the facts to be. We found that throughout the 130 years of the British period neither British nor Portuguese ever so much as mentioned a right of passage.

We found the Portuguese faced time and again by restrictions or prohibitions, either threatened by the British or actually imposed, which must inevitably have drawn from them some reference to the right of passage, if they had really believed that they possessed it. We found that the Portuguese entered into agreements governing the passage of troops, police and arms between Daman and the enclaves, and asked for permission when they wanted to send them; and we saw that this conduct was quite inconsistent with the existence, or a belief in the existence, of any right of passage. We found that the British controlled and regulated passage between Daman and the enclaves as they chose, always acting according to their own interests, never conceding anything which they thought disadvantageous to themselves, not shrinking on occasions even from complete prohibition. We saw that this conduct too was quite inconsistent with the existence, or belief in the existence, of a right of passage.

That is the foundation on which Sir Frank Soskice based his conclusion. His conclusion was that it is clear from the conduct of the Parties themselves, as we see it in the events of the British period, that the right of passage claimed by Portugal does not exist. I venture to submit that on the foundation thus firmly laid the conclusion stands secure. Yet, according to Professor Telles, Sir Frank Soskice failed to realize that because he had looked at the facts before going into concepts and principles, using Professor Telles' words, "the entire edifice that he was about to construct would inevitably collapse, for any building erected without foundations is doomed to collapse" (Verbatim Record, 27 October, p. 68).

There are, after all, two methods of approaching a task like this. You may announce the concepts and principles first, and then trim your facts to support them. That was our learned opponents' way. Ours is the other way—first to discover the facts, and from them to draw the inferences and conclusions. It is hardly necessary for me to say which method is truly to be compared with the erection of a building without foundations.

However, I am sure that the Court will have observed that what Professor Telles called "the broad lines of the fundamental principles" were not, as he claimed, "unopposed by Sir Frank Soskice" (Verbatim Record, 27 October, p. 68). So far from that, Sir Frank showed that every one of these so-called "fundamental principles" is unsupported by the facts. For the first of them, Professor Telles repeated his old theory, that what he calls "the general question of entry into a neighbouring territory" is quite a different thing from "the special question of passing through the neighbouring territory in a particular direction". I will not take up time by repeating our arguments that even on theoretical grounds, this distinction is untenable. The facts themselves speak even more clearly.

Professor Telles is careful to insist that what he calls the "special case" consists solely of passage by the most direct and shortest route between Daman and the enclaves. All other entry into British territory, including passage between Goa and the enclaves, he treats as part of the "general question" (Verbatim Record, 27 October, p. 68, and 28 October, pp. 79-80). Now if passage between Daman and the enclaves was indeed a special case, why did neither party ever treat it as such? Why did they make agreements in which all entry into British territory was treated alike,

whether it was for passage between Daman and the enclaves or for any other purpose? Why did the Portuguese refer to favours which they had granted affecting entry into Goa as arguments why they should receive favours affecting transit between Daman and the enclaves, if, as our learned opponents would have it, the two situations were utterly separate and distinct? The Court will find the argument on this point, with all the incidents supported by chapter and verse, put forward by Sir Frank Soskice, Verbatim Record, IV, pp. 766-767. I will only add that Annexes C Nos. 54, 55 and 58, and E Nos. 24-38 to the Counter-Memorial, and Annex F No. 8r to the Rejoinder, provide a convenient example of the way in which the Parties drew no distinction in their treatment of those things—transit between Daman and the enclaves and other entry into British territory—a distinction which our learned opponents persist in representing and being treated as different.

I do not forget that according to Portugal there is a simple answer to all that I have been saying. There is, we are told, a "possibility that the regulation of passage and the regulation of entry may have certain identical aspects" (Verbatim Record, 27 October, p. 72), but the existence of the "apparent identity" does not, according to Portugal, affect the difference between the two situations. Once more, we submit, this may be all very well in theory, but it does not fit the facts. We do not find two sets of regulations, one for passage to the enclaves and one for other entry into British territory, sometimes coinciding in their provisions. What we do find is one system of control or regulation applied to all entry into British territory. It is not a question of regulation of passage, and regulation of other entry having had "certain identical aspects" as has been suggested on the other side. The same system of regulation applied to both. This was the rule throughout the British period. Only in one or two cases, such as the 19th century exemptions from customs duty and the Agreement of 1940 about small parties of police, were separate arrangements made for passage between Daman and the enclaves. The British entered into such arrangements only when their own interests allowed. Indeed, the Agreement of 1940 contained reciprocal concessions, to Portuguese in British territory and to British in Portuguese territory. At one stage of his first address to the Court, Professor Telles tried to think of examples of general prohibitions which did not affect this passage to or from the enclaves. He was hard put to it to find any; and Sir Frank Soskice dealt with the two or three incidents to which he did refer at Verbatim Record, IV, pages 757-758. So, I repeat, throughout the British period, excepting only the one or two cases which I have mentioned, the same regulations applied to passage and to other entry into British territory; and this without any protest from the Portuguese of the infringement of a right. In the face of these facts, of what use is it for Professor Telles to repeat his theoretical assertion of "the intrinsic diversity of the legal situations" (Verbatim Record, 27 October, p. 72)?

Another theory, Mr. President, upon which Professor Telles relies, is that the right of transit is to be distinguished from the regulation of that right. I will not take up time in considering how far this can be supported as a mere matter of academic theory. It is enough to observe how totally insufficient it is as an explanation of the facts.

The Court will remember that from time to time the passage of certain goods between Daman and the enclaves was completely prohibited;

salt from 1895 to 1949, country liquor, and various materials used for making it, at different dates from 1892 onward, and, for a period during the war of 1939 to 1945, all goods of every description. As regards salt and country liquor, these, says Professor Telles, are not "among the details essential to the exercise of sovereignty over the enclaves" (Verbatim Record, 27 October, p. 71). Indeed, he may be right. As we have already submitted, it is very hard to see how any goods can be included within the ambit of a right limited, as it is said, to that which is necessary for the exercise of sovereignty. However, for the moment let us ignore that difficulty. We submit, if there were any goods, an embargo on which would affect the exercise of sovereignty, salt and liquor were just the goods which one might expect to find so described. Why did the British authorities single them out to be the object of prohibition? Because they were goods upon which revenue was collected. In other words, it was precisely because these goods had an importance for the purposes of administration that their passage was prohibited. The Portuguese, too, collected revenue upon those goods; so it must necessarily follow that the prohibition had an important effect upon the Portuguese administration of the enclaves. This is in fact proved by the persistent importunity of Portugal's vain attempts to get the prohibitions removed. Sir Frank Soskice described these attempts at Verbatim Record, IV, pages 758 to 759.

There is an even stronger case: the complete prohibition of the entry of any goods into Daman, imposed by the British during the war of 1939 to 1945. The treatment of this incident by our learned opponents has been very curious. In his original address, Professor Telles tried to maintain that the prohibition of the entry of goods had never been complete, and—according to him—the question discussed between the British and the Portuguese had been merely that of an exemption from customs duties (Verbatim Record, 28 September, IV, pp. 428-429). Sir Frank Soskice referred the Court to all the documents, showing that there had been a complete prohibition, and what had been under discussion between the parties had not been whether goods should be allowed to cross the frontier into Daman free of duty, but whether any goods should be allowed to cross that frontier at all (Verbatim Record, October 16, IV, pp. 759-761). What is Professor Telles's answer to this? Simply to claim that his earlier arguments "stand in their entirety". And he proceeds to reproach us for having placed reliance on "a mere letter from the Governor of Daman", which, according to him, we misinterpret (Verbatim Record, 28 October, pp. 76-77). Not a word of answer to Sir Frank's arguments, and not a word to support the charge of misinterpretation. I suppose we may take it that this is our opponent's way of admitting that our account of the incident is right.

Such, Mr. President, are the most important facts affecting goods. As regards troops and police, the Court will remember the very great importance of Article XVIII of the Treaty of 1878. Under that article, no Portuguese troops could enter British territory without permission, and that applied to passage between Daman and the enclaves just as it applied to any other entry. Sir Frank Soskice demonstrated this completely (Verbatim Record, IV, pp. 739-742). Professor Telles still will not admit it, but I do not think I am unfair in saying that his repudiation of our view is now somewhat half-hearted (Verbatim Record, October 28, p. 75). There are also the Agreements of 1913, 1920 and 1940;

all applying to passage between Daman and the enclaves, that of 1940 indeed, applying only to that passage; all limited in their scope; all showing that beyond that scope there was no entry into any British territory without permission. We have also the evidence of documents spread over many years, showing that the Portuguese applied for permission whenever they wished to send armed men into British territory, whether between Daman and the enclaves or anywhere else. As regards arms and ammunition, we have seen that the Portuguese applied for licences under the Indian Arms Rules whenever they wished to send arms or ammunition between Daman and the enclaves, and the same system applied elsewhere as well. Here again, I think, Professor Telles's denials are no longer more than half-hearted.

This, then, is the position. According to the Portuguese contention, a right of passage now, it is true, said to be limited to whatever is necessary for the exercise of sovereignty, though in the contemporary documents we search in vain for any trace of that idea; but still, according to their contention, a right. According to the historical facts, prohibition of passage by the British, whenever it suited them to impose it; and the form of passage most important for the exercise of sovereignty, that of armed men, subjected to the prior permission of the British, not merely without protest from the Portuguese, but with their agreement, and, in the case of the Treaty of 1878, at their suggestion. This, I submit, is not to be explained by saying that the right survives, and is merely being regulated. Certain goods, and at one time all goods, could not pass, because the British said so. Armed men could not pass, unless the British gave them permission. Is not it, Mr. President, merely playing with words to say that this is consistent with a right of passage?

Our learned opponents attempt to escape from this difficulty by saying that the requirement of permission was subject to some implied limitation, so that in some circumstances for passage between Daman and the enclaves permission could not be refused. They say this although there is not a sign of such a limitation in the documents, and in the agreement of 1920 (Annex C No. 56 to the Counter-Memorial), when the Parties did wish to preserve certain special rights affecting Marmagoa they inserted a special provision for that purpose. We are asked to believe that the Portuguese entered into agreements wide enough to apply to passage between Daman and the enclaves, never intending the agreements to apply to that passage, yet not insisting on any specific limitation but looking to the uncertain resource of implication to preserve their all-important right.

I do not dwell upon the matter further.

I respectfully ask the Court to refer to Verbatim Record, 15 October, IV, pages 742-745, and 16 October, IV, page 761, where Sir Frank Soskice discussed in detail this suggested distinction of a right and the regulation of its exercise. It may be a good distinction in theory but is not, I submit, an adequate explanation of these facts.

May I now, Mr. President, recall briefly the facts of the British period, and remind the Court of the conclusions to which they lead.

In the first place, the period opens with the refusal of the British to recognize as binding upon them any arrangement made between the Portuguese and the Marathas. Sir Frank Soskice showed this very clearly, and I respectfully refer the Court to what he said at Verbatim Record, IV, pages 754-755. I will only add that Professor Telles has

failed to appreciate the significance of the list of treaties binding upon the Government of British India drawn up just before the partition (*Verbatim Record*, p. 66). This list was drawn up before partition, not, as Professor Telles says, by the Foreign Ministry of India. The significance of the absence from it of any mention of the so-called treaty of 1779 is to show that right to the end the British were unaware of this alleged treaty as a binding obligation.

For reasons with which the Court is now very familiar, we maintain that no sovereignty over the enclaves had ever been granted by the Marathas to the Portuguese. There was therefore no question of recognition by the British of sovereignty granted by the Marathas, and I respectfully repel Professor Telles's charge that this argument is a sophism. As Sir Frank Soskice pointed out (*Verbatim Record*, IV, pp. 756), what happened was that the sovereignty over the enclaves was usurped by the Portuguese. Whatever may be the case with a grant, no right of passage arises automatically upon a usurpation of sovereignty. In 1819, therefore, the field was clear. We look to the subsequent conduct of the Parties to see whether any such right existed.

Looking at that conduct, what do we find? The Court has heard the story many times already, so I will put it only in a few sentences. We do indeed find a certain amount of transit between Daman and the enclaves going on—but that is not all. We find the British regulating it, limiting it, sometimes in certain respects prohibiting it, just as they chose. We find them doing this without any consciousness or recognition of a Portuguese right, with which they must not interfere. If they made a concession, they made it because it suited them to make it, and very often because they were receiving a reciprocal concession from the Portuguese. The Portuguese were often discontented with what the British did, and asked for relaxations or exemptions. Sometimes their requests were granted, sometimes they were not. What they never did was to demand anything as of right, or even mention or hint at the existence of a right at all. For a form of transit which one would suppose to have been among the most important, that of armed men, we find both sides agreeing that previous permission of the British authorities was required—permission which those authorities were equally entitled to grant or to refuse.

Our view of this position was described by Professor Telles as "passage without the right of passage". I do not object to this description. I would only offer another, which gives in my view a little more explanation. What the facts show, in our submission, is the occurrence of such passage as the British chose to allow, and never any suggestion that the Portuguese could insist on anything more. As we have seen, there was no right existing in 1819. The subsequent conduct of the Parties shows that none was created thereafter. Indeed, had there been a pre-existing right whether under a treaty or otherwise howsoever, that conduct would have sufficed to abrogate such a right. That is what makes the British period, in our view, decisive of the issues in this case.

According to our learned opponents' interpretation, the facts of the British period show not merely the occurrence of passage, but the exercise of a right of passage. Let us note, however, upon what this interpretation is based (*Verbatim Record*, p. 77). It is not there based upon anything in the facts themselves, or anything which the Parties said or did. It is based simply upon the consideration that our view

would lead to a conclusion which Portugal regards as unthinkable—namely, that her right of sovereignty had no legal safeguard. Now, in the first place, it is clear that an interpretation based only upon a consideration like this cannot prevail over an interpretation based upon what the Parties actually did and said. In the second place, however, is the conclusion really so unthinkable? In the field of municipal law, one can think easily of cases in which a man may act in a way perfectly within his rights, yet involving disastrous consequences for his neighbour. This he may do without violating any rule of law or incurring any legal liability. That is to say, his neighbour had some vital interest for which there was no legal safeguard. In the less fully developed system of international law, such cases are certainly no harder to find. I give one obvious example. A country may economically be entirely dependent upon the export of a certain commodity. Neighbouring countries may kill that export trade by putting up tariff barriers. The effect upon the first country and its inhabitants may be calamitous; but international law will give them no redress. The truth is that nations have many interests, and among them some of their most vital interests, for which there is no legal assurance. Their protection depends upon good neighbourly conduct and mutual respect. So it was with Portuguese sovereignty over the enclaves. It survived for many years without the protection of legal assurance. It only came to an end when the Portuguese, as Professor Rolin reminded the Court, adopted a course of action which made them the authors of their own misfortune.

[Public hearing of 5 November 1959, afternoon]

Mr. President, before leaving the question of what actually happened in the British period—the *corpus* of local custom, to use Professor Telles's expression—I must deal with one matter which appeared for the first time in our learned opponents' reply. This is their contention that there was a custom whereby the Portuguese authorities moved between Daman and the enclaves not only the armed forces required for ordinary administration, but also reinforcements required to forestall or repress disturbances in the enclaves. Although Professor Telles did not say so expressly, he clearly meant that these reinforcements were moved without the permission of the British. In support of this suggestion he cited five incidents (Verbatim Record, 28 October, pp. 86-87). I must ask the Court to consider these briefly.

The first is an incident of 1814, mentioned in paragraph 126 of the Reply. The relevant documents, partially reproduced in Annexes Nos. 42 and 43 to the Reply, will be found in full in Annex F Nos. 50, 51 and 52 to the Rejoinder. This incident belongs to the Maratha period. The Marathas were then sovereigns of the intervening territory, and it was against Maratha headmen of Umborgao, in that intervening territory, that the Portuguese expedition was directed.

The incident is thus of no value for showing a custom observed by the sovereign of the intervening territory. The expedition was against that sovereign himself. The fact that the Portuguese sent troops (even to the enclaves) across Maratha territory for the purpose of repressing Marathas is no indication of any custom observed by the Marathas of allowing the Portuguese to send reinforcements to quell trouble or disturbances in

the enclaves. (Similar observations might be made about the incident mentioned in para. 20 of the Memorial, on which Professor Telles relies as a kind of appendage.)

The next of the five incidents is that of 1826, mentioned in paragraph 21 of the Memorial, paragraph 177 of the Counter-Memorial, paragraph 189 of the Reply and paragraphs 355 and 356 of the Rejoinder. The relevant documents are Annexes 14 and 15 to the Memorial and 81 and 82 to the Reply. The object of the Portuguese on this occasion was to obtain redress from the Raja of Dharampur, who had entered Nagar-Aveli and carried off one of the inhabitants. The incident does not provide evidence of the observance of a custom by the British. The British authorities did not know anything about the movement of troops until after it had taken place (Annex No. 15 to the Memorial). Even then, the Governor of Daman did not make it clear to them that troops had moved from Daman to Nagar-Aveli; his letter (Annex 14 to the Memorial) might equally have meant that the troops had been concentrated at Naroli from other parts of Nagar-Aveli (though they had, in fact, come from Daman: Annex 81 to the Reply). This may explain why Annex No. 15 to the Memorial contains no protest. There was also the fact that a local ruler subject to the British (the Raja of Dharampur) had behaved wrongfully to the Portuguese. In these circumstances, the Political Agent at Surat may well have felt some embarrassment about protesting to the Portuguese, even if they had themselves exceeded their rights in taking steps to get redress from the Raja (which, in spite of the footnote at II, p. 483 of the Reply, was plainly the purpose of their expedition).

I come next to the incident of 1830. This is mentioned in paragraph 190 of the Reply and paragraphs 355 and 356 of the Rejoinder, and the documents are Annexes Nos. 83, 84 and 85 to the Reply. As in 1826, the Raja of Dharampur had made an incursion into Nagar-Aveli. On this occasion, however, contrary to Professor Telles's statement in the Verbatim Record, page 87, there is nothing to show that any troops were sent to the enclaves at all. What the Governor of Daman says in Annex No. 83 to the reply is that he sent a detachment "towards the frontiers of the Raja's territory". This may have meant that troops already in Nagar-Aveli were sent to the border of Nagar-Aveli and Dharampur. Alternatively, if it does mean that troops were sent from Daman, there is no reason to assume that in order to get to the Raja's frontier the troops went through the enclaves.

The incident of 1849 is of very little importance. It is mentioned in paragraph 22 of the Memorial, paragraph 177 of the Counter-Memorial, paragraph 189 of the Reply and paragraphs 355 and 356 of the Rejoinder. Annexes Nos. 16 and 17 to the Memorial are the relevant documents.

The Raja of Dharampur had tried to levy duties at a weekly fair in Nagar-Aveli. The Governor of Daman sent a reinforcement of 9 men to the enclaves, and directed that 7 men should attend the fair each week to maintain order. This is thus a case of normal administration, rather than special reinforcements to deal with a disturbance (in spite of the terms of Annex No. 17 to the Memorial). There is nothing to show whether the permission of the British was or was not obtained; nor is there anything to support the statement made in paragraph 22 of the Memorial and repeated by Professor Telles at Verbatim Record, 28 October, page 87, that the party going to the fair each week had to start from Dadra and return thither.

The last of Professor Telles's incidents is an alleged occurrence of 1857, mentioned in paragraph 191 of the Reply and paragraph 357 of the Rejoinder. It is not attested by any contemporary documents whatever. I respectfully refer the Court to paragraph 357 of the Rejoinder. Professor Telles complains that what is said there is incorrect (Verbatim Record, 28 October, p. 88). As the Court will see, the statements in the Rejoinder are perfectly correct. What is incorrect is Professor Telles's reproduction of those statements. I would only add that in this case too, if the incident did actually occur, there is nothing to show whether the permission of the British to the despatch of troops was or was not obtained.

This brief survey, Mr. President, is, I submit, sufficient to show that these five incidents have small importance, and certainly will not bear the weight which Professor Telles, on such incomplete material, seeks to put upon them. As regards any possible relevance they might have to this case, the Court will observe that not one of them was an example of any kind of a rising by the inhabitants of the enclaves, still less of a successful insurrection. Furthermore, at the very highest we are faced with five incidents, of which the most recent—or should I say the least ancient?—occurred in 1857. In the light of all the events and arrangements since 1857, how could this possibly have constituted a custom binding in 1954?

So much, Mr. President, for the *corpus*, as our learned opponents call it, of local custom. It might have been expected that Professor Telles, having made so little headway with this, would find himself in even greater difficulties when he came to deal with what he called the *animus*, the *opinio juris*. So, indeed, it proved.

I will not go again into all the details of this question. Sir Frank Soskice discussed it fully in the Verbatim Record, IV, pages 763-767. He considered all the incidents upon which our learned opponents relied, and showed that there was not one of them which, when fairly considered, indicated a recognition on the part of the British of any obligation. There is no sign of a will of the two States to initiate a special compulsory system, or of a consciousness on the part of the British of conforming to a legal obligation. So far from that, the one thing clear throughout was that the British consulted their own interests first, and never felt themselves obliged to put any other consideration before that. It makes no difference, therefore, even if one takes the view of onus of proof most favourable to Portugal. The existence of an *opinio juris* is, I submit, abundantly disproved. Professor Telles did reiterate in reply the list of incidents upon which he relied at the outset, but since he had no comment to offer upon most of them in answer to Sir Frank's arguments, I will confine myself to some observations on the two or three points with which Professor Telles dealt a little more carefully.

He started, strangely enough, at the end, and claimed to discover an admission by India of the alleged right of passage in diplomatic correspondence which followed the insurrection (Verbatim Record, Oct. 28, p. 90). I deal with this very shortly, for two reasons. First, I doubt whether anyone will maintain very seriously that between July 1954 and August 1955 (the period of this correspondence) the Indian Government meant to recognize or admit a Portuguese right of passage between Daman and the enclaves. Secondly, for all the details I can respectfully refer the Court to paragraphs 140-154 of our Preliminary Objections,

where this correspondence is analysed at length. From this analysis it appears not only that there never was any admission, but also that no claim to a right of passage was ever put forward sufficiently clearly even to make an admission possible.

Professor Telles referred once more to the construction of the culverts at Lavacha, on the road from Daman to Nagar-Aveli, and suggested that we made no reference to this. In fact, Sir Frank Soskice dealt with this matter at Verbatim Record, IV, page 766. I will only add one point. Sir Frank Soskice there pointed out that the Portuguese offer to contribute to the cost of building these culverts could not be regarded as an assertion of a right, because the British had once considered offering to contribute to the cost of repairing a road in Portuguese territory over which no right of passage has ever been suggested. Sir Frank might have gone even further, because on another occasion the British actually did offer to co-operate in the repairing of the same road: Annex F No. 65 to the Rejoinder, III, pages 573-574.

The third incident to which Professor Telles reverted in some detail was that of the Barcelona Conference of 1921; but I submit that he really made no impression upon the arguments of Professor Rolin which he was attempting to answer. In the first place, let us remember that, as Professor Rolin pointed out, the Barcelona Conference was not concerned at all with movements of armed men, troops or police. To the most important part of the present claim, therefore, any admission made at Barcelona would be entirely irrelevant. Secondly, the two passages from the *procès-verbal* of the Conference on which Professor Telles relies (Verbatim Record, 28 October, pp. 92-93) are expressly limited to trade. (In the quotation at the top of p. 93 this is obscured, because in making the quotation Professor Telles has omitted the word "trade".) They cannot, therefore, have more than a very slight application to an alleged right of passage limited to what is necessary for the exercise of sovereignty.

Apart, however, from considerations such as these, what is the so-called "undertaking" that the Indian delegate to the Conference is supposed to have given? It can be understood only in its context, which Professor Rolin described. The delegate was explaining to the Conference that the Government of India, while insisting upon the exclusion from the scope of the convention of the Portuguese and French enclaves in India, did not intend to interfere with legitimate trade with those enclaves. It is clear that this was not intended to be a solemn undertaking about a right of passage which would bind the Government of India, and its successors, for ever. The only importance of the Barcelona Conference for this case is that which we originally attributed to it, that is to say, that the attitudes of the Indian and Portuguese delegates showed that they did not consider that there was any existing right of passage between Daman and the enclaves.

Mr. President, so insubstantial are the grounds on which our learned opponents rely to show recognition by the British authorities of some obligation binding upon them. After all, it is not surprising that they were driven to such shifts; for the overwhelming impression, I might say the only impression, which one derives from the documents is that the British were always consulting and protecting their own interests, and recognizing no obligation at all. Professor Telles was disposed to dispute this, and made some reference to close collaboration and "mutual bonds of loyalty and courtesy" between Great Britain and Portugal

(Verbatim Record, 27 October, p. 74). We need not enquire what general attitude was adopted towards each other by these two ancient allies. It is sufficient to say that the documents show conclusively that in matters concerning the enclaves the British were guided by their own interests alone. Sir Frank Soskice showed this at Verbatim Record, 15 October, IV, page 751, and 16 October, IV, pages 761-763. I will only add that the same attitude is to be seen in other documents of 1870, 1892, 1906, 1913 and 1936: the respective Annexes are E No. 14, C No. 41, I, pages 379-381, C No. 44, I, pages 410-411, F No. 57, III, page 527, and F No. 67, III, pages 586-587.

There is one other passage of Professor Telles's speech which I must notice. It is the passage at Verbatim Record, 28 October, pages 90 and 91, where he expresses a novel view of the nature of these proceedings. Portugal, he says, is claiming a right of passage, India a right of unrestricted regulation. Portugal must establish her claim, or India hers. He goes on, if it is a matter for comment against Portugal that throughout the years she never put forward a claim to a right of passage, it must equally be a matter for comment against India that her claim was not put forward either.

The defect of this reasoning, Mr. President, is obvious. A defendant is not in the same position as a plaintiff. Portugal is claiming a special right, a right of passage exercisable over foreign territory. That she must prove, with all the strictness required of a State claiming a right in foreign territory which is to prevail even against that territory's sovereign. Obviously, if she has never mentioned the right for over a century, that is something which calls for an explanation. If she fails to prove her right, she loses her case.

India, on the other hand, claims no special right. India and her predecessors have always been undoubted sovereigns of the intervening territory between Daman and the enclaves. Being sovereigns, it was undoubtedly their right to regulate, allow or forbid as they chose, the movement in their territory of foreigners. That right could be restricted only in one way—by proof of the right of passage which Portugal claims. India has only to defeat that claim; she needs to establish no claim for herself. If Portugal proves no right of passage, India is left fully sovereign over the intervening territory. She possesses as such, and without proof of any special right, every power which she needs.

Portugal, I have said, must prove her right of passage. If she can prove it by some general title of law, she has no need to resort to special titles. She looks to special titles for the origin of her right only on the assumption that general titles have failed. In that case, she must find in the historical facts some positive proof of the existence of her right.

We know now what the historical facts of the British period reveal.

One hundred and thirty years of correspondence about this transit, but never a mention of any right; agreement of both sides that the most important kind of transit depends upon British permission: regulation, limitation, prohibition by the British at their will; acquiescence by the Portuguese, without ever a hint of a violation of right. We find reciprocal arrangements made affecting the enclaves themselves, a concession by the British in return for a concession by the Portuguese; when, according to our learned opponents' view, we ought to find unilateral concessions by the British in accordance with a Portuguese right. We find that the Portuguese never made any reference to the maintenance of their

sovereignty or the exercise of their administration in the enclaves. We find never a sign of a will to initiate a special compulsory system, never a sign of a consciousness on the part of the British of conforming to a legal obligation. May I not claim, without any exaggeration, that the attempt to extract from this a positive proof of a right of passage is an attempt which has utterly and completely failed?

That is what I submit. Indeed, I go further. The facts of the British period are, in my submission, strong enough to prevent the establishment of the Portuguese claim. They would also be strong enough to establish, were it necessary to do so, something different. For a general rule does not necessarily apply to every case. The parties to a particular case may exclude or modify it by their own agreement. Now, even if the general titles were less completely in our favour than they are, even if they did contain any suggestion of a right of passage, still Portugal could not succeed. The facts of the British period would still be clear enough to show recognition or agreement of the parties that in this particular case no such general right applied. That is why we have ventured to submit that the facts of the British period are nothing less than decisive.

Those, Mr. President and Members of the Court, are my submissions in reference to the particular title based on the British period claimed by Portugal.

I now request you, Mr. President, to call upon Professor Rolin to deal with later events and their effects.

26. DUPLIQUE DE M. H. ROLIN (suite)

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DE L'INDE)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 5 ET 6 NOVEMBRE 1959

[Audience publique du 5 novembre 1959, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Nous n'abuserons pas beaucoup plus longtemps de votre patience et, d'avance, je crois devoir vous remercier tant au nom, je pense, des conseils du Portugal qu'en notre nom de l'extrême liberté que vous nous avez laissée de développer en long et en large les moyens que nous pensions indispensables pour l'exposé des deux thèses opposées.

A vrai dire, peut-être aurions-nous même pu nous passer de ces deux ou trois dernières séances que nous allons vous demander de bien vouloir nous accorder, puisque notre conviction est entière du côté indien quant à l'inexistence des titres généraux et particuliers que l'on a invoqués en faveur du droit de transit et puisque, dès lors, comme je vous l'ai déjà exposé deux ou trois fois, l'ensemble des demandes pourra de ce seul chef être écarté, étant donné qu'en conclusion on ne dénonce que la violation de ce droit-là, qu'on ne demande que le rétablissement de ce droit-là et une injonction à l'Inde d'avoir à le rétablir.

Le caractère superflu de mon exposé des faits complexes, divers, pas toujours faciles à établir avec précision, groupés sous le vocable « insurrection », ce caractère superflu apparaît spécialement en ce qui concerne ceux d'où M. le professeur Bourquin a prétendu déduire une responsabilité de l'Inde à l'égard du Portugal, « même si elle n'avait pas d'obligation de transit ». Cela figure à la page 119 du compte rendu.

Comme je l'ai indiqué dans ma toute première plaidoirie, une telle accusation, une telle réclamation d'avoir manqué au devoir de *due diligence* dans la surveillance de son territoire est totalement étrangère au contrat judiciaire. Ce devoir a été formulé dans la requête. Il n'a pas sur ce point varié au cours des conclusions. Dans les toutes dernières conclusions du Portugal nous constatons que l'on nous accuse de ne pas nous être conformés « aux obligations que nous imposait le droit de passage du Portugal ». Vraiment, dès lors il ne devrait pas être question d'autre chose, et cependant M. l'*Attorney-General* m'a demandé de faire une fois de plus un exposé complet. L'Inde estime que toute question de compétence mise à part, il ne serait pas convenable pour elle de rester sous le coup d'accusations de déloyauté ou de conduite illicite dans les relations internationales, telles que depuis des années le Portugal en a formulé.

J'aborde donc ce que l'on a appelé le chapitre de l'insurrection.

Monsieur le Président, vous avez bien voulu faire appel au professeur Rolin pour le traiter. A vrai dire ce n'est pas, ou très peu, le professeur Rolin qui s'en occupera, c'est plutôt l'avocat. Il sera en effet très peu question de droit, car j'ai déjà développé dans la première partie de mon intervention les principes dont il faut faire application en l'espèce. Il sera, par contre, beaucoup question de faits, et je me rends compte

que leur examen présente des difficultés. D'une part, il s'agit d'actes collectifs et il est toujours beaucoup plus difficile de retracer avec précision dans le détail ce qui a été le fait de groupes. D'autre part, je me trouve devant cette difficulté supplémentaire qu'on vous a beaucoup parlé de ces événements, qu'en réalité — je dirais — dans chaque camp on vous en a parlé deux fois: en effet, vous avez eu un exposé des événements de Dadra et de Nagar-Aveli successivement par M. Telles et par M. Bourquin, deux fois en première plaidoirie et deux fois en réplique, et puis vous l'avez eu deux fois de notre part aussi — je le reconnais — de la part de M. l'*Attorney-General* et de la part de M. le professeur Waldock: cela fait six fois. J'arrive septième; je me rends compte qu'il ne s'agit pas dès lors de vous accabler de lecture de documents qui nous prendrait encore du temps précieux.

Je vais donc tâcher de vous donner, avec le maximum de concision, mais aussi de clarté et de certitude, en m'appuyant sur des documents auxquels je renverrai, l'image simple et je crois claire, qu'après réflexion — je ne dis pas, pour cela, à tête reposée — je me suis faite de la succession des événements.

Mon plan, Monsieur le Président, est simple.

Je vais suivre un ordre chronologique. La Cour se souviendra que la libération des enclaves s'est effectuée entre le 22 juillet et le 15 août 1954. Je m'occuperai d'abord de ce qui a précédé cette période et puis je m'occuperai de ces vingt et un jours, et finalement de ce qui a suivi aussitôt après, et dans une dernière partie j'examinerai la situation actuelle. J'ai donc divisé en quatre parties ce dernier exposé que je dois vous faire.

Voyons tout d'abord quelle est la situation avant le 22 juillet 1954 au triple point de vue de la population, des autorités portugaises et du Gouvernement de l'Inde.

Je commencerai par la population; on vous a beaucoup parlé de la naissance et du développement du mouvement d'indépendance qui assez naturellement s'était manifesté dans les Indes portugaises comme dans le reste de la péninsule indienne.

Je ne vais pas du tout revenir sur ce point parce que je considère que ce qui devait vous être dit l'a été et que cela ne présente qu'un rapport relativement lointain avec les faits qui nous occupent. Sauf sur un point: le manifeste du 2 juillet 1954. Vous vous souvenez, c'est un manifeste auquel les conseils du Portugal attachent une très grande importance parce qu'ils y voient en quelque sorte l'annonce du coup d'État, de l'entreprise qui allait être dirigée vers les enclaves.

Monsieur le Président, le contenu de ce manifeste, on vous l'a lu et je ne crois pas devoir y revenir. La Cour se souviendra qu'il ne contient pas la moindre mention quelconque des enclaves. Il n'y a même parmi les signataires de ce manifeste, dont je vais tantôt vous dire un mot, il n'y a personne qui soit domicilié dans les enclaves. Et s'il est vrai que ce manifeste a une sonorité particulière et qu'il fait retenir une grande impatience de la part des patriotes goanais, Messieurs, ce langage qui annonce que l'on va « passer à l'action », eh bien, croyez-en un homme politique, n'est pas un langage inhabituel et qui indique nécessairement que l'on va recourir à la violence et à l'illégalité.

Nous avons en Belgique des comités d'action qui périodiquement annoncent que le moment de l'action est venu, sans le moins du monde préciser quelles sont les méthodes qu'ils comptent suivre.

Mais ce qui m'a intéressé, c'est la thèse des adversaires qu'en réalité les auteurs de ce manifeste, c'étaient très sensiblement, très exactement les auteurs du coup d'État de Dadrá. Il y avait là en tout cas selon eux une indication que tout de même les auteurs du manifeste, même si le texte ne le disait pas, avaient bien en vue d'effectuer, entre le 2 juillet et le 22 juillet, avaient conçu le coup d'État.

Or, le point de départ de ce commentaire est inexact. J'ai sous les yeux le texte du manifeste qui figure dans le volume I, annexe A n° 7, à la page 199; c'est un extrait du journal *The Hindu* de Madras, du 3 juillet 1954, qui reproduit le texte intégral de ce manifeste. Il commence par donner l'indication des résidents goanais de Bombay, tous domiciliés à Bombay, qui sont les signataires de ce manifeste. Il y en a huit. Or, à part Mascarenhas, il n'y en a aucun que nous retrouvions dans le récit des événements ultérieurs. Et encore, quand je dis Mascarenhas, je précise; il s'agit de Francis Mascarenhas, décrit comme président le *United Front of Goans*, homonyme, mais m'assure-t-on, pas même parent du premier nommé, qui est le Dr M. U. Mascarenhas, M. L. E., ancien maire de Bombay.

La défense indienne a l'avantage de compter parmi ses conseils un Goanais qui connaît particulièrement bien les diverses personnalités qui sont indiquées et qui m'a indiqué notamment que, parmi elles, il y en a un qui est dénommé *principal* A. Soares, *principal*, c'est en réalité le principal du collège, du seul établissement d'enseignement secondaire qui existe à Goa. L'ancien principal de Goa, Soares, est un chevalier papal qui, en 1950, a été à Lisbonne, qui est peut-être connu de certains conseils du Portugal, qui a même été reçu par M. Salazar et qui était, en 1954, tellement loin de participer à la préparation, de comploter une expédition quelconque que ledit M. Soares a publiquement condamné l'entreprise des enclaves, considérant que c'était là un acte de violence absolument contraire à la doctrine de non-violence dont il était personnellement partisan.

Un autre signataire, M. Correia Alfonse, est également chevalier papal, il appartient à une vieille famille de Goa qui a très fréquemment rendu des services au Portugal.

Le Mascarenhas, Docteur M. U. — j'imagine que c'est donc en tout cas un universitaire —, ancien maire de Bombay, est un personnage important, appartenant aux sphères dirigeantes. Et il en va de même de tous.

Nous nous trouvons donc devant ce qu'on pourrait appeler un manifeste des intellectuels ou des notables; et contrairement à ce que je pensais, ils ne sont même pas — sauf M. Mascarenhas (Francisco Mascarenhas), indiqué comme président du *United Front of Goans* — ils ne sont même pas des chefs de groupements politiques.

Messieurs, sur ce dernier point, j'ai une confirmation de l'indication qui m'était donnée et que vous pourriez considérer comme bien tardive et sujette à caution, venant d'un expert de l'une des Parties, dans un document qui a été produit par le Portugal (et qui est publié comme annexe 1, appendice 2, dans le recueil des annexes aux observations et conclusions du Gouvernement de la République portugaise sur les exceptions préliminaires du Gouvernement de l'Inde) —, je trouve la confirmation de cette explication du mouvement de Dadrá. Il s'agit d'un numéro du *Goa Liberation Council*, la dernière publication qui figure dans cet appendice qui comprend cinq articles de journaux et revues, et ceci est le cinquième. Sous le titre « *The Dadra Affair* » ou nous y explique que :

« comme il est bien connu, les forces nationalistes à Bombay sont, à cause de motifs personnels et idéologiques, malheureusement divisées en plusieurs groupes, portant différents noms: *National Congress*, *Goan People's Party*, *United Front of Goans*, *National Union of Goans*, *Gomantak Dal*, etc. Et puis, l'un des chefs de ces groupes ramifiés (*one of these splinter groups*) du *United Front of Goans*, qui a pour président le D^r Francisco Mascarenhas, a décidé de montrer ce qu'ils pouvaient faire à eux tout seuls. »

Et c'est eux, Messieurs, qui lancent alors cette expédition. Pourquoi Francisco Mascarenhas s'y est-il décidé? Peut-être parce qu'il avait conservé sur le cœur ou sur l'estomac le traquenard dans lequel il était tombé lorsqu'il s'était rendu, à l'invitation du capitaine Romba, à la convocation de Goa? Toujours est-il que c'est lui, et lui seul, qui, à l'insu des autres, avec son groupe va projeter l'expédition de Dadrá.

Dans ces conditions, rendons-nous compte que lorsque l'on vient nous dire qu'il fallait surveiller et suivre ces respectables personnalités qui avaient signé le manifeste, on commet une erreur flagrante. Car, à supposer que l'Inde eût le devoir de se préoccuper de ce qui pouvait être éventuellement sous-entendu et de lire entre les lignes ce que personne ne peut y lire, que cela annonçait une expédition sur les enclaves, les noms des signataires auraient suffi pour écarter une interprétation semblable. Je ne crois donc pas que l'on puisse retenir de ce manifeste quoi que ce soit.

Monsieur le Président, je ne me dissimule pas que les explications que je viens de donner relativement à la qualité des personnes signataires de ce manifeste s'écartent sensiblement d'une déclaration que vous a faite M. l'*Attorney-General* le lundi 19 octobre — je lis dans le procès-verbal de la séance, IV, page 812 —, dans laquelle il indiquait qu'à la suite de l'arrestation et de la déportation du docteur Gaitonde et de l'émotion que cela avait causé, « les différents partis politiques goanais à Bombay fusionnèrent ... décidèrent de fonder un comité d'action sous la présidence du D^r Tristão Bragança Cunha ... prirent de nouveau la résolution de travailler à la libération de leur patrie et publièrent un manifeste daté du 2 juillet 1954... ».

Monsieur le Président, l'erreur commise par M. l'*Attorney-General* est tout à fait excusable. J'ai longtemps vécu dans la même opinion que lui, étant dupe comme lui de cette appellation « *United Front* », « *National Union* » et autres, me disant: mais oui, ils ont fusionné et Mascarenhas est là-dedans; mais à la réflexion, on constate que ce comité d'action commune dont fait mention M. l'*Attorney-General* avait pour président le D^r Tristão Bragança Cunha et ne se confond pas avec le groupement présidé par F. Mascarenhas, et encore que le D^r Tristão Bragança Cunha ne figure pas parmi les signataires du manifeste. Il est donc certain que ce n'est pas le comité d'action commune qui a publié le manifeste. Ce dernier a donc bien réuni des personnalités parmi lesquelles s'est glissé, par hasard, Francisco Mascarenhas, seul chef de groupe politique, mais pour le surplus le manifeste est analogue à ceux qui furent de temps en temps publiés en Belgique pendant la guerre et après la guerre, à un moment où nous avions des difficultés d'ordre constitutionnel et où des personnalités, sans attache politique, croyaient devoir collectivement faire connaître leur avis. C'est un procédé auquel en France aussi on a fréquemment recours lorsque des événements agitent un peu l'opinion publique.

Pour le surplus, si — contrairement à ce que je crois — ces signataires ou si le comité d'action commune avaient quelque chose de particulier en vue, ce ne peut avoir été que ce *satyagraha* qui se déroula effectivement dans la province de Goa, le 15 août, et qui s'est terminé assez tragiquement par une effusion de sang. Cela, c'était en tout cas tout à fait dans la ligne qui était publiquement prônée par ces intellectuels.

Monsieur le Président, j'abandonne maintenant la question des sentiments de la population goanaise en général pour m'attacher à une question qui a un intérêt plus direct et qui est celle des sentiments de la population goanaise des enclaves.

M. le professeur Waldock a relevé dans les documents — je renvoie aux pages 834 et suivantes du compte rendu du 20 octobre (IV) — divers éléments montrant qu'il y avait de l'agitation. Il y avait des réunions clandestines avec ceux que M. Bourquin a décrits comme étant des agents venus de l'Inde, mais qui étaient en réalité des Goanais installés à Bombay ou émigrés à Bombay, il y avait des meetings, il y avait des manifestations, il y avait des représentations théâtrales contenant des allusions patriotiques.

M. le professeur Bourquin ne conteste pas tout cela, mais, dit-il, tout cela ne constitue pas des prodromes d'insurrection, tout cela n'explique pas qu'une véritable insurrection aurait pu éclater, que la propagande ait touché la masse; « une insurrection n'éclate pas dans un ciel serein »; il faut des signes précurseurs. Ce que je viens de lire est extrait de la page 125 du compte rendu.

Monsieur le Président, je ne sais pas ce que M. le professeur Bourquin souhaiterait comme signes précurseurs. C'est vrai, avant les actes de violence de Dadrá, qui ont été si brefs, et qui ont tout de suite abouti — ce n'est pas notre faute, Messieurs, si le premier choc, celui du 22 juillet, a d'emblée conduit à la chute du régime portugais —, c'est vrai, il n'y a pas eu d'autres actes de violence; mais il fallait bien qu'il y eût un jour un premier acte. Il se fait que le premier acte a réussi.

Ce qui est certain, Messieurs, c'est qu'il n'y avait pas de « ciel serein », mais qu'il y avait au contraire un climat hostile. Ce n'est pas en vain que l'instituteur Carlos da Cruz, dont une notice biographique figure à la page 842, volume III, de la duplique, qui avait été nommé en 1930 à Silvassa venant de Goa, et avait été révoqué en 1932 à cause de son attitude anti-portugaise, avait depuis vingt-deux ans publié à Silvassa une feuille nationaliste.

Je relève notamment que les nationalistes ont recouru notamment à des représentations théâtrales. M. Bourquin dit: « Mais, qu'il y ait une propagande, faite notamment par représentations théâtrales, contenant des allusions révolutionnaires, cela ne prouve pas qu'elles aient trouvé écho dans la population. » Mais si, Messieurs, cela le prouve, parce que les nationalistes n'organiserait pas ces représentations théâtrales et l'autorité portugaise ne s'en préoccuperait pas si elles ne donnaient pas chaque fois lieu à des manifestations. M. le professeur Bourquin a tort de sous-évaluer cette indication. Comme Belge, il n'ignore pas que la révolution brabançonne de 1830 a commencé au Théâtre de la Monnaie, au cours d'une représentation de *La Muette de Portici*, où un grand air en l'honneur de la liberté a été repris par la foule qui s'est ensuite répandue dans les rues et est allée casser les carreaux des bâtiments publics. Cela a commencé comme une émeute; cela a dégénéré en révolution. Les Hollandais, pendant un siècle, ont continué à nous traiter, non pas

de révolutionnaires, mais d'émeutiers, les *muiters*. Or, cela avait commencé à l'Opéra.

Messieurs, soyons de bon compte. Lorsque nous voyons que l'autorité portugaise en arrive à surveiller et à interdire ces représentations théâtrales, cela prouve qu'elle ne se fait pas d'illusion sur le danger qu'elles présentent comme élément d'excitation, il y a donc dans la population un état d'émotivité qui la prépare aux événements.

Il est vrai que nos estimés contradicteurs, et spécialement M. le professeur Bourquin, croient profondément que les populations des enclaves avaient un niveau de culture trop inférieur pour pouvoir s'intéresser au mouvement insurrectionnel. Messieurs, mon distingué collègue a été sensible aux critiques assez vives qui lui ont été adressées à ce sujet, spécialement par M. le professeur Waldock, et il s'en est expliqué à la page 125 du compte rendu, dans les termes suivants :

« Je n'ai jamais dit en effet — ce qui serait un non-sens — que des tribus arriérées ne peuvent pas se révolter et ne peuvent pas s'insurger contre les autorités qui les gouvernent. Ce qui me paraît en revanche difficilement concevable, c'est qu'elles participent consciemment à une œuvre comme celle que poursuivent les chefs qui voudraient les entraîner.

Que ces chefs réussissent à organiser des cortèges et des manifestations — cela n'a rien d'étonnant. Tout le monde sait comme il est facile de déclencher des gestes de ce genre.

Mais que ces tribus comprennent l'œuvre historique à laquelle on prétend les associer et qu'elles s'enflamment pour cette œuvre — j'avoue sans la moindre ironie que cela me paraît incroyable. »

Monsieur le Président, je crois qu'en dépit de ces explications mon estimé contradicteur a commis une erreur flagrante. Que la population des enclaves n'ait eu qu'une notion vague sur le passé et sur l'avenir de la nation indienne, c'est fort possible. Qu'elle ait eu une conscience précise de son avenir, c'est douteux. L'élite sait où elle va ; quant à la foule qui marque sa sympathie pour une révolution, eh bien, je crois que l'histoire démontre qu'une révolution ne se fait pas *pour* un idéal, elle se fait essentiellement *contre* une situation existante. Et les agitateurs, ou les meneurs, de quelque nom que vous veuillez les appeler, n'auront pas eu de peine à convaincre cette foule qu'à l'origine de sa misère, de cette situation arriérée dans laquelle ils végétaient, il y avait exclusivement — à tort ou à raison, je ne m'en occupe pas, mais c'est une chose aisée à faire accepter — que toute la responsabilité de cette situation incombait à l'occupant portugais. Et peut-être connaissaient-ils — ou bien ont-ils pu se servir d'autres écrits semblables — cette appréciation terrible que l'on trouve sous la plume d'un gouverneur de Damão, dans l'annexe 95 produite par le Portugal, au deuxième volume de sa réplique, mais dont elle n'a publié qu'un léger extrait, mais qui se trouve déposée intégralement au Greffe de la Cour :

« Cette malheureuse province a vu, depuis 148 ans, l'exploitation illicite de la population, des ambitions sans mesure et des égoïsmes malhonnêtes. »

Sans doute l'exploitation, les ambitions, les égoïsmes n'étaient-ils pas seulement le fait des administrateurs portugais, mais ils avaient été

tolérés par eux et ils en étaient — à tort ou à raison — rendus responsables.

Et sans doute y avait-il eu quelques bons administrateurs — M. le doyen Telles y a fait allusion, et je ne voudrais pas nier la chose —, il y a sûrement eu parmi le personnel portugais des hommes intelligents et généreux qui ont fait un sincère et immense effort pour parer à cette situation. Je relève dans les documents qui sont produits soit par nous, soit par l'autre Partie, le nom d'un homme comme Francisco da Costa Mendes, simple chef de bureau fiscal, auteur du rapport de 1860 déposé par le Portugal à l'annexe 80 de sa réplique, reproduit en extrait, mais dont nous avons lu d'autres extraits qui sont éloquentes; le nom de M. Neves Ferrera, commissaire royal en 1894, mentionné dans le rapport de l'administration nouvelle, le nom de Giovanni Lopez, gouverneur de *Damão* en 1931, auteur du rapport 95 auquel je viens de faire allusion, et même, Messieurs, le nom de cet ingénieur forestier encore en service en 1954, mais qui n'était pas à Silvassa au moment des événements, M. Antonio de Anibal Passos. Tous, ils relatent la nécessité absolue de mettre un terme à la situation qu'ils décrivent, mais il faut bien reconnaître que tous ces efforts jusqu'ici n'avaient que dans une faible mesure amélioré le système qui demeurait infesté de cette tare originelle d'avoir été acquis par le Portugal pour lui procurer, pour procurer spécialement à la province de *Damão*, un revenu annuel supplémentaire de 12,000 roupies; pour l'administration coloniale centrale, cela demeurait vraisemblablement la raison d'être principale de cette possession et cette recette était l'objet vers lequel, sauf valorisation, il fallait orienter l'administration.

[Audience publique du 6 novembre 1959, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai commencé hier après-midi l'examen de la dernière partie de ma plaidoirie, celle qui est consacrée à l'étude des événements immédiatement antérieurs à la libération, ceux qui ont marqué cette libération, ceux qui l'ont suivie et la situation actuelle. Et j'avais tout d'abord, après avoir dit quelques mots du manifeste du 2 juillet, j'avais cherché, dans le dossier, les faits caractéristiques qui me paraissaient de nature à vous montrer le climat de la population dans les enclaves et à démentir l'appréciation de M. le professeur Bourquin, vous décrivant l'atmosphère comme sereine et calme et incompatible avec la version indienne suivant laquelle le mouvement aurait immédiatement trouvé beaucoup d'appuis sur place.

Monsieur le Président, j'en aurai fini avec ce sujet lorsque je vous aurai rappelé la constatation formelle de l'état d'esprit de cette population des enclaves vingt-trois ans avant les faits de la cause par quelqu'un qui était bien placé pour se prononcer et qui était le gouverneur de *Damão*. En 1931, le gouverneur de *Damão* écrivait avec une rare prescience dans ce document 95 qui n'a été reproduit qu'en partie mais déposé intégralement par le Portugal:

« Sachant ce qui se passe autour de nos frontières, on peut en conclure qu'un incident pourrait se produire non pas à *Damão* mais à *Nagar-Aveli* avec quelque chance de succès pour les *swarajists* — c'est-à-dire les combattants de la libération. Nous avons des ren-

seignements dont nous pouvons conclure que le centre du mouvement sera [il a vraiment de la prescience] Naroli. »

Or, immédiatement après Dadrá, c'est à Naroli que le mouvement sera déclenché. Il « est évidemment le deuxième village le plus important de Nagar-Aveli ».

« A la fin d'août, nous avons reçu un message secret d'éléments privés d'après lequel à la frontière de Naroli, à quelques mètres de notre territoire, une réunion publique de propagande nationaliste a eu lieu et l'un des orateurs était un citoyen portugais appartenant à la famille Mori. »

Or, comme vous le disait M. le professeur Waldoek (C. R., IV, p. 834), la famille Mori est l'une des familles les plus importantes de Nagar-Aveli. Mais mon estimé collègue ne vous a pas lu ce qui vient immédiatement après cette phrase dans le document 95 :

« Nous avons pris des mesures immédiates et surmontant les difficultés, nous avons été à même de neutraliser l'intention des *swarajists* qui désiraient faire abandonner la distillation de liqueurs à Nagar-Aveli. Heureusement, la fabrication de liqueurs atteindra le même montant que les années précédentes, encore que lentement. L'État a collecté une grande source de revenus, mais pas encore autant que l'année dernière. »

Ceci est assez regrettable; je faisais hier l'éloge de ce gouverneur qui, à divers moments, se montre extrêmement sensible à la misère des populations. Vous voyez que même lui demeure malheureusement prisonnier de ses instructions et attentif à la recette. Et la recette sur quoi? Sur la production d'alcool que l'on doit favoriser, la production de la liqueur qui empoisonne ces populations comme l'opium les empoisonne à Macao.

Et alors je lis ceci, qui montre également que, s'il était resté au pouvoir, l'enclave aurait peut-être été mieux à même de se défendre qu'elle ne l'a été :

« Nous ne pensons pas qu'il serait prudent d'avoir ici dans nos services de police des éléments nés dans la région. Ces unités devraient être remplacées par des Mahrattes de Goa ou par des gens de Diu, mais toujours par des individus nés dans une autre région. »

Il sait donc, Messieurs, il sait en 1931 qu'il est difficile de se fier aux troupes recrutées sur place pour combattre un mouvement qui y serait déclenché.

Pour résister à ce qui nous apparaît maintenant comme une très grave contagion nationaliste, il aurait fallu que cette population des enclaves fût particulièrement armée par la conscience des bienfaits de l'occupation portugaise, il aurait fallu que nous y trouvions une empreinte plus profonde que partout ailleurs.

Or le professeur Waldoek vous a déjà dit que la situation, à ce sujet, était toute différente. Pour ne pas le répéter, je voudrais emprunter quelques données à la brochure grise publiée par *The Goa League* et déposée au Greffe de la Cour en liaison avec l'annexe F 115 (duplique, vol. III), qui en a reproduit un extrait, et je voudrais les rapprocher des déclarations faites par M. Buron, ministre de la France d'outre-mer à l'Assemblée nationale, pour justifier l'abandon des établissements

français par une comparaison entre la situation existant en France et la situation dans les établissements français et portugais de l'Inde (appendice 3 de l'annexe 1 des observations portugaises sur les exceptions préliminaires). Si le Portugal a produit ces déclarations, c'est que bien entendu cette comparaison, suivant M. Buron, est en leur faveur. Mais elle comprend tout de même des arguments et des considérations qui sont moins en leur faveur. Et lorsque nous placerons plus spécialement au point de vue des enclaves, nous allons constater que les arguments en leur faveur ne s'appliquent plus du tout.

Le ministre de la France d'outre-mer explique :

« Géographiquement, nos établissements font partie intégrante d'un continent, le continent indien... »

Le ministre semble donc avoir la faiblesse d'être sensible à l'argument géographique décrié par les conseils portugais, car il dira plus loin : « ... il demeure que la géographie reprend vite ses droits ». Cela, c'est une considération qui est évidemment commune aux établissements portugais et français.

Mais alors, le ministre relève qu'à l'opposé de la population des établissements portugais, la population des établissements français est très peu métissée. Or, je ne crois pas qu'il soit exact de dire que la population dans les établissements portugais est tellement métissée, tout au moins si je me rapporte à l'enquête, au recensement de 1950 *Repartição o Centra de Estatística Informaçao*, publié en 1951, et reproduit dans la petite brochure grise mentionnée il y a un instant en liaison avec l'annexe F n° 115 qui en avait fait un extrait —, nous voyons que dans tout l'ensemble de l'Inde portugaise, les Indiens sont 636.153, les Européens 517, les Eurasiens, c'est-à-dire les métis, 336, les Africains 258, et puis divers 226, jaunes 57.

Donc, contrairement à ce que pense M. Buron, il n'y a pas un métissage accentué à Goa.

Le ministre fait état ensuite du petit nombre de Chrétiens, 7.000, existant dans les établissements français. Or, en ce qui concerne Goa, il est vrai qu'en ce qui concerne la religion l'Inde portugaise, dans l'ensemble, comprend un nombre assez considérable de Catholiques, soit 233.000 Catholiques sur 640.000, ce qui fait environ 40%. Mais, dans cette brochure, qui nous donne les chiffres pour chaque province, nous voyons que dans celle de Damão, dont dépendent les enclaves, il n'y a plus que 2.644 Catholiques pour 61.607 Hindous, ce qui fait tomber la proportion à 4%.

Et si je pousse plus loin la curiosité jusqu'à rechercher les chiffres pour les enclaves, je trouve dans le rapport de la nouvelle administration dans l'annexe F 117 (appendice 10) du deuxième volume de la duplique indienne que suivant le recensement de 1950, il y avait dans les enclaves, sur une population de 41.523 habitants, 861 Catholiques, ce qui fait 2%. C'est vous dire que, si à Goa l'influence catholique pouvait, dans une certaine mesure, jouer en faveur de la domination portugaise, en ce qui concerne les enclaves la trace en est à peu près nulle.

En ce qui concerne la langue, Messieurs, la situation est la même; nous n'avons pas, malheureusement, une situation par province, mais nous savons que, dans l'ensemble, il y a — d'après les statistiques qui figurent dans la même brochure à la page 9 —, il y a 12% de gens qui lisent ou écrivent le portugais; mais je n'ai pas besoin de vous dire, il y a — comme

il a une école qui figurait dans le territoire des enclaves — que ce nombre était infime en ce qui concerne les enclaves et que nous trouvons donc devant une immense majorité, une quasi-unanimité de gens qui sont, dans les enclaves, demeurés inaccessibles à l'influence portugaise.

Enfin le ministre Buron faisait état des liens économiques étroits existant entre certains établissements français et le territoire indien les entourant. Est-il besoin de rappeler que nulle part ce lien n'est aussi étroit que dans les enclaves, unis à l'Inde par une absorption douanière?

Voilà quant à l'état psychologique de la population à la veille des événements.

Voyons maintenant ce que l'on peut dire de l'attitude de l'administration portugaise en présence d'une situation qui, comme nous l'avons vu, devait l'alarmer.

Messieurs, l'administration portugaise a pris ses précautions ou croyait prendre ses précautions, et, conformément aux bonnes traditions des régimes autoritaires, ces précautions ont consisté exclusivement en renforcement des mesures de surveillance et des effectifs de police.

Quant aux premières, je rappellerai la circulaire confidentielle du commandant de police de Goa du 1^{er} juillet 1949 à tous les commissaires de districts, qui leur enjoignait — et aux autorités civiles aussi — de fournir hebdomadairement des renseignements relativement aux suspects. C'est l'appendice 5 à l'annexe 117 de la duplique, volume III, page 832. Il faut citer aussi une note confidentielle du commissaire de Damão au chef de police de Silvassa — déjà en 1949 — lui prescrivant de ne pas s'embarasser dans les perquisitions domiciliaires des prescriptions légales qui imposent au verbalisant de faire état des motifs particuliers qui l'amènent à violer le domicile privé; et de se borner à faire état, d'une manière générale, des soupçons que la situation autorise. Vous trouverez cela à la page 845, volume III, de la duplique.

Quant au renforcement considérable de la police locale, la date et la nature des mesures prises sont peut-être difficiles à déterminer avec précision, mais le fait est établi de manière éclatante.

A ce sujet, j'attire l'attention de la Cour sur un tableau que nous avons reproduit à la page 850, volume III, de la duplique, et qui m'a donné quelques difficultés. Ce tableau renseigne, à la date du 30 juin 1954, l'effectif total et l'effectif par poste — il y en a 18 — de la police dans les enclaves. Les deux dernières colonnes nous indiquent: la première, que le total de l'effectif est 339, et la colonne suivante, intitulée « *increase suggested* », que l'augmentation suggérée est de 281 unités. Donc, total 339, augmentation suggérée 281.

Notre première interprétation a été que le total de 339 comprenait le chiffre de 281 et qu'il était le résultat auquel on devait arriver après avoir consenti l'augmentation, et c'est dans cet esprit que M. l'*Attorney-General* vous a dit qu'on avait atteint 339 après avoir augmenté l'effectif de 281, c'est-à-dire que l'on était parti de 58 pour arriver à 339, en sorte qu'on avait donc sextuplé l'effectif de la police.

Je crois en toute objectivité devoir signaler à la Cour que cette première interprétation est sans doute inexacte; d'abord parce que l'intitulé de la dernière colonne, « augmentation suggérée », semble indiquer que, au 12 juin 1954, cette augmentation n'était pas réalisée, qu'elle n'était vraisemblablement même pas commencée — je sais bien que nous avons, dans l'annexe qui précède immédiatement et qui est datée du 9 juillet, toute une instruction relativement à la formation de recrues, mais tout

de même, au 22 juillet, au moment des événements, elle ne pouvait pas avoir produit ses fruits —, d'autre part, parce que nous savons, par des documents irrécusables, qu'il y avait beaucoup plus de 58 policiers dans les enclaves au moment des événements, puisqu'il en est passé une centaine en territoire indien alors qu'il en est resté un bon nombre, probablement davantage, en territoire enclavé — il y en a 49 qui ont signé une déclaration de loyauté à l'autorité nouvelle!

Enfin, l'administration nouvelle qui a découvert ce tableau dans les archives portugaises et qui l'a joint à son rapport de 1958 le commente en en déduisant qu'on projetait en 1954 de porter l'effectif de 339 à 620.

Messieurs, les conclusions de M. l'*Attorney-General* ne s'en trouvent que renforcées, car non seulement le document démontre que l'on allait, que l'on voulait au mois de juin 1954 — et par les moyens précisés au mois de juillet 1954 — procéder à une augmentation considérable, mais, Messieurs, nous établissons que l'augmentation déjà réalisée avait été plus grande encore que de sextupler l'effectif. Car il y a un document officiel portugais qui est déposé au Greffe de la Cour et qui est l'annuaire de l'Inde portugaise de 1953. Nous l'avons déposé à l'appui des extraits qui étaient produits aux pages 705 et 710, volume III, de la duplique. A la page 849 de ce document, on renseigne que l'effectif de la police pour l'ensemble de la province de Damão en 1953 est d'un officier, un chef, trois sous-chefs, deux cabos ou sergents et 37 gardes, dont 12 pour Damão et 25 pour Dadrá et Nagar-Aveli.

Ce qui fait que, en 1953, si vous tenez compte de l'officier et d'un ou deux sous-officiers qui devaient se trouver également dans les enclaves, vous établissez que l'effectif en 1953 devait être de 28 hommes. Il est en juin 1954 de 339; il a donc non pas sextuplé mais il a décuplé.

D'autre part, on découvre à vrai dire sans surprise que Damão, qui comprend moins du tiers de la population de la province, n'a guère plus qu'un tiers de la police de la province. Ceci est important parce qu'il est beaucoup question des renforts que l'on voulait envoyer de Damão à Nagar-Aveli. Vous vous rendez compte que ces renforts devaient être bien faibles et que le gouverneur devait hésiter à les envoyer — il envisage cet envoi le 24 juillet 1954, mais il n'a pas renouvelé sa proposition en ce qui concerne Nagar-Aveli après les événements de Dadrá. Il devait hésiter à démunir entièrement de police la ville de Damão où il pouvait craindre que des événements semblables se produisent. Sans doute y avait-il, d'après un document, une centaine de soldats à Damão. Le Gouvernement indien l'indique dans un communiqué à la presse du 2 juillet 1954 qui figure à la page 83 (I), annexe 44 du mémoire portugais. Mais cent soldats, c'est vraiment bien peu aussi. On se demandera pourquoi il n'y en avait que cent alors qu'il y a des milliers de soldats qui se trouvaient à Goa et qu'il y en avait même 400 à Diu. Je pense que l'explication se trouve dans le fait que, en période de mousson, il y a de très mauvaises communications, même maritimes, entre Goa et la ville. On signale la chose, à l'annexe 154 à la réplique, qu'il est extrêmement difficile d'aborder. Ce qui fait que l'on hésite à envoyer des troupes qui vont être tout à fait isolées.

Si je vous expose tout cela, c'est pour vous faire comprendre que cette question du passage de policiers ou troupes n'avait en 1954 pour les Portugais qu'une importance réduite, car les autorités de police des enclaves avaient organisé leur système de sécurité de façon autonome. Nous possédons à ce sujet un document tout à fait irrécusable; c'est

encore un document qui nous a été fourni par le Gouvernement portugais; c'est l'annexe 110 à sa réplique, II, page 736. C'est un document qui est signé par le gouverneur de Damão au chef du cabinet, dans une note adressée au chef de cabinet du gouverneur général de l'État portugais de l'Inde à Lisbonne, et dans lequel il donne l'avis du chef de la police sur la proposition qui a été faite d'améliorer les liaisons entre Damão et Dadrá et Nagar-Aveli par l'institution de drains ou d'aqueducs.

Le chef de police consulté a donné l'avis suivant: l'organisation des détachements de police prévoit leur action individuelle. Aussi, dans la situation présente, il lui paraît de peu de conséquence que l'on organise cette route qui, au point de vue stratégique, était considérable.

Donc, la police vit dans l'illusion que, en réalité, l'organisation qu'elle a établie et qui présente des effectifs relativement considérables est une organisation suffisante et qui défie toute les tentatives de troubler l'ordre.

Monsieur le Président, j'en arrive à l'examen de l'attitude du Gouvernement indien pendant cette période préliminaire. Les conseils portugais l'ont décrite comme ayant consisté à tenter de réaliser l'isolement et l'affaiblissement progressif des enclaves, afin d'amener leur soulèvement et, par là, de rendre possible leur annexion à l'Inde.

M. l'Attorney-General et M. le professeur Waldock ont déjà montré à la Cour le ridicule de cette fable. Quel intérêt pour l'Inde présentait l'annexion isolée des enclaves, dont la population est de moins de 10% de la population des Indes portugaises? Comme je crois vous l'avoir déjà dit, économiquement cela ne représente rien puisque l'Inde appartient, dépend de son territoire; politiquement, elle diminue les chances d'obtenir du Gouvernement portugais une attitude plus compréhensive, en ce qui concerne l'abandon de l'ensemble de l'Inde portugaise, et enfin cela démentirait, ce serait une contradiction avec la politique de non-intervention. Mais j'ai tort de m'attarder sur ce point, car la meilleure réponse à l'accusation qui est dirigée contre l'Inde, c'est que le drapeau portugais disparaît du territoire des enclaves le 15 août 1954 et qu'aucune annexion n'est décrétée, bien qu'il faille attendre plus d'un an avant que l'affaire ne soit portée devant la Cour internationale de Justice.

Les actes relevés par les conseils du Portugal ne peuvent donc pas avoir eu pour objet de favoriser un soulèvement local dans les enclaves. Leur examen démontre que, de plus, ils n'ont pas eu pour effet d'isoler les enclaves et d'en paralyser la défense. Le premier document cité par nos adversaires, qui prétendent nous prendre sur ce point — je dirais — en flagrant délit d'aveu de nos préoccupations, c'est une lettre du 24 mai 1952 du consul général de l'Inde à Goa, qui, consulté sur la réponse à donner à la demande du Portugal d'établir une liaison téléphonique entre Damão et les enclaves, répond négativement en disant que cela ne correspond pas à un besoin des populations, que cette demande est vraisemblablement inspirée par un simple souci « de renforcer la défense des enclaves », et il ajoute qu'il y a d'autant plus lieu de refuser, dès lors, cette demande que la doctrine générale de l'Inde est de ne pas accepter l'établissement de câbles étrangers sur son territoire et que les Portugais se sont obstinés à ne pas prêter attention à un besoin beaucoup plus urgent qui a été exprimé par l'Inde et qui est d'établir une liaison téléphonique entre Goa et Bombay. Cela figure à la page 627, volume III, de la duplique.

Messieurs, l'administration indienne s'est conformée à cet avis, et elle laissait sans réponse la demande portugaise qui n'a jamais été

renouvelée de 1952 à 1954. Quelle conclusion tirer de cet incident? Le Portugal, jusqu'ici, n'a pas, que je sache, soutenu que le droit de passage réclamé dans la première partie de ses conclusions comportait le droit d'établir une ligne téléphonique, pas plus qu'une ligne de chemin de fer à travers le territoire intercalaire.

Le Gouvernement de l'Inde a donc le droit de refuser l'installation d'une telle ligne, alors surtout qu'elle ne présente pas d'intérêt économique, mais un simple intérêt militaire, alors surtout que sur un autre parcours où la liaison présente un intérêt économique, la chose est refusée par le Portugal.

Au surplus, M. Telles et son collègue, M. le professeur Bourquin, ont sur ce point oublié d'accorder leurs violons, car M. le professeur Bourquin nous a dit de la façon la plus claire que les premiers actes que l'on reprochait à l'Inde étaient des actes qui se situaient à la fin de 1953. Il y a donc contradiction à prétendre découvrir une préméditation dans un document de 1952, et cette interprétation est d'autant moins défendable que, comme vous le savez, il résulte des documents que dans le courant de 1953, l'Inde marque son accord à l'amélioration considérable de la route terrestre de Damão à Silvassa, route qui, d'après les documents (je me réfère aux documents 109 à 113 de la réplique et F 79 de la duplique), est très fréquemment rendue impraticable en période de mousson, alors qu'elle est la seule route qui établisse la liaison entre Damão et les enclaves, et qu'au point de vue stratégique et du maintien de la souveraineté elle a donc un intérêt considérable.

Pour le surplus, il est bien vrai que le régime fut rendu plus sévère. Les mesures que l'on vous a dénoncées dans cet ordre d'idées sont essentiellement de deux ordres: l'Inde a d'abord remis en vigueur l'exigence des visas ou du laissez-passer, et puis elle a établi une interdiction absolue de l'exportation d'armes du territoire portugais vers le territoire indien, y compris les enclaves.

M. l'*Attorney-General* et M. le professeur Waldock se sont longuement exprimés à ce sujet. Ils vous ont montré que la première de ces mesures était essentiellement motivée d'une part par un désir de rétorsion à des mesures prises à Goa pour rendre plus difficile l'admission et la circulation des étrangers; et quand à Goa on dit « étrangers », on parle essentiellement, dans 90% des cas, des Indiens qui sont les seuls qui, en réalité, fréquentent le territoire; ils ont également démontré qu'il y avait une volonté tout à fait légitime d'assurer le contrôle des personnes qui entendaient utiliser le territoire indien, spécialement en ce qui concerne les fonctionnaires, dont un certain nombre n'était plus *persona grata*, s'était rendu odieux à la population indienne par les mesures qu'ils avaient prises, soit à l'égard des ressortissants indiens, soit même à l'égard de Goanais nationalistes et résidant en Inde — je songe tout spécialement au capitaine Romba —, et je ne vais pas, bien entendu, revenir sur les échanges de vue très détaillés qui ont eu lieu à ce sujet et qui ne sont du reste que la reproduction de la documentation écrite.

Mais M. Telles et M. Bourquin nous ont dit: « Ce n'est pas tout. Même si les motifs que vous mentionnez ont inspiré cette décision, il y a des indications très nettes, sous votre propre plume, que ce retour à la sévérité est provenu en partie du mécontentement que vous causait le refus du Gouvernement portugais d'abandonner ses possessions indiennes. »

Eh bien, ne chicanons pas sur les textes. Il n'est pas douteux qu'il y a eu de ce fait un refroidissement entre les deux Gouvernements. Et il est tout à fait naturel que le Gouvernement de l'Inde ait mis moins de bonne volonté et moins d'empressement à répondre au désir qui lui était exprimé, aussi en matière de passage; mais quel rapport cela a-t-il avec une volonté d'isolement et avec une préméditation de favoriser une entreprise quelconque?

Au surplus, M. l'*Attorney-General* a fait, avec minutie, aux pages 805 à 808 de la séance du 19 octobre (compte rendu, IV), une démonstration qu'il n'y a pas eu d'isolement, qu'en réalité, depuis le mois de janvier jusqu'au mois de juillet 1954, les demandes de passage et de laissez-passer ont été accueillies dans la quasi-totalité. Un des cas qui avait présenté de la difficulté, où le Gouvernement indien semble s'être montré hésitant, est celui du lieutenant Falcao, chef de la police à Nagar-Aveli, à Silvassa. Or, les documents établissent que Falcao était sur place au moment des événements; il a accompagné le capitaine Fidalgo dans sa retraite. Ainsi, tout le monde était en place lors des événements. N'est-il pas évident que si le Gouvernement de l'Inde avait eu la moindre idée de vouloir démanteler cette police, il aurait trouvé un prétexte pour continuer à refuser le passage à celui qui était la cheville ouvrière de l'éventuelle défense portugaise à Nagar-Aveli?

Quant à la sévérité relative au commerce des armes, le Portugal paraît oublier que cela jouait autant en sa faveur que contre lui. Il y avait, je n'ai pas besoin de vous le dire, dans les territoires portugais et autour des territoires portugais, énormément d'agitation et des projets nombreux de se livrer à des démonstrations de caractère pacifique mais susceptibles de dégénérer, ces fameux *satyagrahas*; le Gouvernement indien entendait se montrer absolument intransigeant en ce qui concerne le port d'armes et éviter que des mouvements nationalistes se laissent entraîner sur son territoire ou à partir de son territoire à des démonstrations violentes absolument contraires à sa politique.

Il y a, pour cette période, une dernière accusation qui est dirigée contre l'Inde et qu'on ne reproduit plus. On avait beaucoup parlé de concentration de troupes indiennes. Le Gouvernement portugais a reproduit en annexe à sa réplique de nombreux rapports dans lesquels le capitaine Romba décrit avec fébrilité les informations qui lui parviennent sur des mouvements de troupes, sur la présence d'un régiment mahratte, sur l'encercllement auquel les Indiens se livrent, sur la menace qui paraît dirigée contre tous les territoires portugais; le gouverneur de Damão lui-même, dans cette dernière visite qu'il va faire aux enclaves le 21 juillet, la veille des événements de Dadrá, le gouverneur de Damão lui-même déclare qu'il apprend qu'autour de Dadrá il y a des troupes indiennes. Il ne les verra pas. Mais il expliquera qu'il considère qu'on l'a retardé pour qu'il ne les voie pas. Il ne les voit pas mais il croit dur comme fer à leur présence.

Je ne puis voir là qu'un phénomène d'illusion collective, de nervosité. Le Gouvernement indien a, dès le premier jour, dès le 23 juillet, protesté avec indignation contre cette accusation. Et puis, lorsqu'il l'a retrouvée dans les écrits portugais de procédure, il a produit une attestation de son état-major démentant formellement qu'il y ait eu un régiment mahratte quelconque dans la région et qu'il y ait eu un mouvement de troupes quelconque pendant les semaines et les mois qui ont suivi ou qui ont

précédé les événements de juillet 1954. Alors, on nous a dit : « Document sujet à caution, produit pour les besoins de la cause. Qui nous dit que l'état-major n'a pas délivré au ministère des Affaires étrangères une attestation de complaisance ? » Et c'est alors, Messieurs, que M. l'*Attorney-General* a demandé au Gouvernement de remettre à l'attaché militaire qui les a amenés ici, la collection complète de ce qu'on appelle les ordres de bataille et qui dans toute armée du monde établit jour par jour l'emplacement de toutes les unités composant l'armée. Et il a demandé que, si le Portugal persistait dans ses allusions ou ses insinuations, la Cour veuille bien charger un expert d'examiner ces documents qui, manifestement, ne pouvaient pas être livrés à la publicité ni donc être communiqués à nos adversaires.

Alors, l'on ne nous a plus rien répondu. Nous nous trouvons aujourd'hui devant le silence. Je crois donc pouvoir considérer que cette rumeur est définitivement éteinte et que cette accusation, comme les autres, a définitivement disparu du dossier.

Monsieur le Président, j'en ai ainsi fini avec la période que mes adversaires appellent la période préparatoire. Comme vous l'aurez constaté, il n'y a eu dans le chef du Gouvernement de l'Inde aucune préparation quelconque. Ce Gouvernement avait beaucoup moins de renseignements que le Portugal, qui ne lui communiquait pas ceux qu'il avait, il n'avait aucune raison de croire qu'un coup d'État se préparait, et son attitude à l'égard de l'exercice du droit de passage s'explique amplement par les circonstances de la cause, sans qu'il faille le moins du monde y attacher une pensée doloise.

J'arrive à la période du 22 juillet au 15 août — les 21 jours —, et la question se pose : est-ce qu'il y eut libération ou invasion ? C'est la question que vous avez à examiner, fût-ce à titre subsidiaire, puisque, comme je vous l'ai indiqué, l'examen des titres généraux et titres particuliers pourrait vous en dispenser.

Nos adversaires nous disent tout d'abord : « Vous avez la charge de la preuve. » C'est là, comme vous l'aurez constaté, un argument qui leur est cher, ils s'en servent à toute occasion, à commencer par la sixième exception et alors, ici aussi, ils ont l'impression que leur tâche sera quelque peu allégée s'ils peuvent nous attribuer la charge de la preuve et conserver le bénéfice du doute.

Ici aussi, je crois que cette invocation est non seulement sans intérêt mais sans fondement.

Leur raisonnement est le suivant : « Vous invoquez l'insurrection comme exception au droit de passage. »

Or, je veux bien qu'à titre subsidiaire, puisque nous déions le droit de passage, nous ayons soutenu que, même si le droit de passage existait en temps normal, il n'existerait pas en période d'insurrection. Mais, Messieurs, l'insurrection n'est pas contestée, tout au moins, j'y reviendrai tantôt, quant au sens tout à fait général de renversement de l'autorité portugaise par une action de contrainte qui s'est développée pendant 21 jours sur le territoire des enclaves. Si cette opération s'est développée, nous pouvons en tirer certaines conséquences et ces conséquences seraient autres, je le reconnais volontiers, s'il était établi que toute l'affaire avait été machinée avec la complicité, à l'instigation du Gouvernement indien. Mais vous voudrez bien reconnaître qu'il n'y a pas de présomption en ce sens, que j'ai au contraire le droit de considérer qu'une

révolution est une révolution, à moins que l'on ne puisse établir qu'il s'agit d'un simulacre de révolution et que ce qui paraissait une révolution fût, à proprement parler, une invasion. Mais comme, du moment que le pouvoir a été renversé, je me trouve *prima facie* devant une révolution, l'explication très spéciale que donnent des événements mes estimés contradictoires, c'est à eux à en établir le bien-fondé.

Leur deuxième observation, c'est que les documents que nous produisons pour faire la preuve de l'insurrection sont de qualité extrêmement douteuse, puisqu'ils émanent ou bien des agents de cette révolution eux-mêmes, ou bien ont un caractère indirect, sont des documents de « *hearsay* » dans lesquels les témoins rapportent les récits qu'on leur a faits d'événements auxquels eux-mêmes n'ont pas assisté.

Messieurs, le reproche est en partie matériellement exact, mais j'y réponds par trois objections: la première, c'est que le Portugal a commencé. Les premiers renseignements qui figurent dans notre documentation relativement aux événements de juillet-août 1954 sont les documents qui figurent dans les annexes aux observations et conclusions du Gouvernement portugais sur les exceptions préliminaires et, en tête, j'y vois quatre photocopies de journaux. C'est donc eux qui ont produit les premiers des documents de cette espèce!

J'ajoute, Messieurs, que l'Inde, dans la mesure où elle en possédait, a fourni, notamment, des pièces officielles — toutes celles qu'elle possédait; à savoir toutes celles relatives au passage en territoire indien des membres de la police portugaise ou de l'administration portugaise. Nous connaissons ainsi, de façon certaine, qui n'est, du reste, pas contestée, par des documents officiels, le jour et l'heure et le nom et la qualité professionnelle de tous les agents portugais qui ont pénétré; et nous l'avons produit. Cela figure à l'annexe à notre duplique, annexe F 108.

Et alors je me tourne vers les conseils portugais et je leur dis: « Et vous, où sont vos documents? » Car enfin, c'est eux qui exerçaient la souveraineté. Ah! naturellement, ils peuvent me dire: « Bah! nous sommes expulsés des enclaves. » Mais tout le monde n'est pas mort dans les enclaves! Il y a des survivants! Nous savons que les trois officiers qui se trouvaient à Nagar-Aveli ont réchappé. Il y a donc eu des rapports officiels. Et le capitaine Romba, dont on publie une série de rapports aux annexes 158 à 165 de la réplique, eh bien! il a continué à écrire des rapports et il a recueilli, bien entendu, tous les récits de tous les évadés qui arrivaient à Goa après quelque temps. Où sont-ils, ces rapports? J'imagine que les officiers portugais dont je ne dirai aucun mal, ces officiers auront tout de même dû s'expliquer devant la justice militaire portugaise, car ils ont abandonné sans combat une position qui leur était confiée. Où sont les procès-verbaux de leurs interrogatoires et la décision qui a été prise à leur égard?

Je suis profondément d'avis, Messieurs, qu'en matière de preuve il ne s'agit pas de se quereller tant pour savoir qui a la charge de la preuve; les deux parties doivent, dans une mesure raisonnable, contribuer à la preuve et, lorsqu'il y a des éléments de cette nature aussi précieuse, il est incroyable que l'on vienne nous faire un reproche de ne donner que des renseignements unilatéraux et, en partie, imprécis et même parfois contradictoires, alors que de leur côté, nos adversaires sont absolument muets sur la version portugaise des incidents.

J'en arrive aux événements de Dadrá. Il y a l'ancienne version dont on ne vous parle plus: celle qui figurait à la réplique portugaise sous le

paragraphe 281: « Le pouvoir portugais a été renversé à Dadrá par des centaines de personnes armées venues de l'extérieur. » A l'appui de cette affirmation, on avait produit un télégramme du gouverneur général au Gouvernement portugais reproduisant une information recueillie par le Gouvernement de Damão d'une personne — on ne sait laquelle — qui, déjà à la date du 23 juillet, prétendait être renseignée — qui, déjà à la date du 23 juillet, prétendait être renseignée sur ce qui s'était produit à Dadrá et fournissait ce chiffre de cinq cents personnes.

Mais le Gouvernement portugais oubliait qu'il avait lui-même fourni, dans l'annexe aux observations relatives aux exceptions préliminaires, deux extraits de journaux, l'un le *Hindustan Standard* du 23 juillet, l'autre le *Goan Liberation Bulletin*, publié en 1955, qui donnaient comme chiffres, trente-cinq le premier, et vingt-deux le second.

Messieurs, le Gouvernement indien a, lui aussi, produit deux documents, l'un en annexe à sa duplique qui est un récit, un reportage du *Times of India* du 24 juillet 1954 (c'est à la p. 747, III, de la duplique) qui indique l'effectif de ceux qui viennent de l'extérieur comme étant cinquante, et puis, Messieurs, un autre document, *Free Goa* du 25 juillet 1955 (qui est l'annexe E 63), et qui donne comme effectif dix-sept. Et si j'ajoute trente-cinq, vingt-deux, cinquante et dix-sept et que je fais la moyenne, j'arrive à une moyenne de trente et un: vous voyez que j'aime les précisions.

Trente et une personnes, même si elles avaient été armées, question que nous examinerons dans un instant, même si elles avaient été armées, ce n'était pas encore un effectif bien menaçant pour une police organisée qui était sûre de l'appui de ses bons ressortissants portugais loyaux qui en majorité, nous dit-on, habitaient Dadrá comme Nagar-Aveli.

Messieurs, qui étaient-ils, ces envahisseurs? Est-ce que c'étaient des étrangers, est-ce que c'étaient — au moins du point de vue juridique — des étrangers de nationalités différentes? Non, tout le monde est d'accord — tous les documents sont en ce sens —, c'étaient des Goanais appartenant au groupe politique Mascarenhas, pour la plupart, sauf qu'il y avait, aussi, des gens de Dadrá et de Nagar-Aveli qui avaient rejoint à l'extérieur la petite bande des conspirateurs pour rentrer ensemble à Dadrá et faire du bruit. Je renvoie à cet égard au récit de Desai qui habite, lui, Dadrá, qui est un de ces conjurés et dont le récit figure à la page 851 (III) de la duplique.

Puis, une troisième question qu'on se pose: est-ce qu'il y avait réunion le 21 au soir? — question à laquelle je n'attache qu'une importance anecdotique —; le professeur Waldock a reproduit le récit du partisan disant: « le 21 au soir il y avait déjà attroupement devant la police, nous nous sommes introduits dans cet attroupement », et c'était, avait compris le professeur Waldock, comme moi-même, une manifestation.

Il y a, Messieurs, dans une autre annexe (le bulletin du *Goa Liberation Council*, dernier extrait de presse figurant à l'annexe 1, appendice 2, des observations portugaises sur les exceptions préliminaires) — je le dis à titre d'objectivité — une version différente, mais qui, en même temps, apporte une confirmation; il semblerait, d'après cela, que ce soit le commissaire de police Aniceto Rosario qui, se faisant quelque illusion sur la valeur militaire des recrues qu'il avait formées, les avait convoquées et, devant son poste de police, les exhortait à la résistance contre l'agitation qu'il sentait venir.

Cela enlève malheureusement beaucoup de la grandeur tragique des événements tels qu'ils nous avaient été décrits. Toujours est-il que les envahisseurs se réduisent à une trentaine de compatriotes qui s'amènent dans la nuit du 21 au 22 et qui se glissent dans un groupe d'indigènes.

Est-ce qu'ils étaient armés? Est-ce que ce sont des agresseurs? Car on ne parle pas seulement d'invasion, on parle d'une agression. Messieurs, M. le professeur Bourquin attache une grande importance à cette question et il s'en est expliqué aux pages 115-116 du compte rendu.

Les récits (dit-il) sont souvent variables et contradictoires, les récits produits par le Gouvernement de l'Inde

« concordent sur deux points: c'est que les auteurs du coup de main contre Dadrá ne portaient pas d'armes, et c'est que la police portugaise avait pris l'initiative des hostilités. Cela c'est — si je puis dire — la version officielle des prétendus insurgés, endossée par le Gouvernement indien. »

Jusqu'à-là, Messieurs, je suis tout à fait d'accord, j'ai relevé trois déclarations du Gouvernement indien du 28 juillet, du 1^{er} septembre et du 9 septembre 1954 occupant les annexes C 76, C 82, C 84 au contre-mémoire: J'ai aussi relevé trois articles de journaux: *Hindustan Standard* du 23 juillet, le *Times of India* du 24 juillet, une note, et qui sont dans le même sens: il n'y a pas d'armes.

« Malheureusement [continue M. Bourquin] pour nos honorables contradicteurs, cette version est démentie par des témoins oculaires. Elle est démentie notamment [ne vous inquiétez pas du « notamment », il n'y en a pas d'autre] par un témoin dont la Partie adverse fait, semble-t-il, grand état, car M. l'*Attorney-General* s'est référé à son opinion et le Gouvernement indien a inséré son récit dans les annexes à sa duplique. Il s'agit d'un certain Jayant Desai dont le rapport est reproduit à l'annexe F n° 117, appendice XXI. Desai a participé à l'expédition de Dadrá et voici ce qu'il dit:

« ... la nuit du 22, nous réalisâmes l'indépendance de Dadrá *ouvrant le feu* et en causant ainsi de la panique parmi les policiers portugais. Au cours de cette attaque ... l'officier portugais essaya de répondre, mais heureusement, grâce à l'intervention de mon ami (il s'agit d'un certain Kamalkar), cet officier fut blessé et mourut par la suite. Dadrá devint ainsi indépendant. »

Il n'est pas nécessaire [continue M. le professeur Bourquin] d'insister sur l'incompatibilité qui existe entre ce récit des faits et la version répandue par la propagande des prétendus insurgés.

Desai contredit formellement cette dernière version. Il déclare nettement que ce sont bien les assaillants qui ont ouvert le feu: Il désigne même nommément le personnage qui a tiré sur le chef de la police et qui l'a tué.

Il devient vraiment difficile, dans ces conditions, d'affirmer — comme on l'a fait avec une belle assurance de l'autre côté de la barre — que le groupe des agitateurs serait venu sans armes et que c'est la police portugaise qui aurait pris l'initiative d'employer des engins meurtriers. Le moins qu'on puisse dire, c'est que la version indienne perd ainsi tout crédit. »

Monsieur le Président, je l'avoue, nous n'avions pas attaché beaucoup d'importance à cette question d'armement. Bien que les insurgés aient

été décrits comme non armés, nous considérons qu'il n'était pas exclu que certains d'entre eux aient dissimulé dans leurs vêtements un revolver qui avait éventuellement échappé à la perspicacité des policiers indiens qu'ils pouvaient avoir rencontrés, et que notre responsabilité ne pouvait pas être engagée du fait qu'éventuellement un coup de feu serait parti, que le premier peut-être serait parti du côté des insurgés. Mais lorsque j'ai vu l'importance que le professeur Bourquin attachait à cette question et qu'il considérait que la responsabilité indienne était particulièrement lourde du fait qu'il y aurait eu des gens armés parmi ceux qui venaient du territoire indien, j'ai voulu regarder de plus près et je me suis très rapidement aperçu que la version de Desai se heurtait à beaucoup de singularités et d'invéraisemblances. Non seulement il y avait contradiction entre cette version et tous les rapports envoyés à l'époque par des correspondants de journaux disant : « Ils n'étaient pas armés », mais il y avait même contradiction avec le récit recueilli dans un document officiel — qui nous était produit par le Gouvernement portugais lui-même. A l'annexe 173 à la réplique, Messieurs, nous trouvons en effet un télégramme du gouverneur général de l'État portugais de l'Inde au ministre de l'Outre-mer du 24 juillet 1954 dans lequel il était dit : « *Nos troupes ouvrirent le feu à la suite d'invitations à se rendre faites par un haut-parleur installé sur une automobile, et la résistance dura près d'une heure.* » Donc, il y avait là un récit portugais qui correspondait avec ce que nous avions affirmé.

En reprenant la note de Jayant Desai, j'étais frappé de deux autres singularités. Dans le passage qui est cité par mon estimé contradicteur, je vois qu'il relève lui-même que le but d'ouvrir le feu est de causer la panique parmi les policiers portugais, le texte est un peu moins sévère, il s'agit de causer de la peur dans la police. Je me suis dit, Messieurs : « Mais si l'on ouvre le feu, ce n'est pas pour faire peur, si on ouvre le feu avec des armes de guerre, c'est pour tuer ou blesser à moins que l'on ne tire à blanc ou que l'on ne tire en l'air, mais on ne nous faisait pas supposer que c'était là la signification, ce n'est certainement pas celle que M. Bourquin y attachait. Je voyais autre chose dans le récit de Desai ; je voyais que lorsque les insurgés arrivent à Naroli le 27 juillet ils y trouvent quelques bonnes armes et cela les rend enthousiastes et pleins de zèle. Tiens ! Ils se réjouissent donc de trouver quelques jours plus tard, le 29 à Naroli, quelques bonnes armes, il faut donc croire qu'ils en manquaient, alors comment auraient-ils été en mesure d'ouvrir le feu le premier jour, le 24 ? »

Messieurs, il y a une autre particularité qui m'avait également frappé, c'est que dans le récit que l'administration communale fait des événements, l'administration nouvelle, donnant un bref compte rendu de la libération des enclaves, relate que, le 29, Naroli a été libéré et puis les villages suivants, grâce à un procédé très spécial : « Bonfires, so-called *atom bombs were being constantly fired* », c'est-à-dire des pétards, des feux d'artifice, des pièces d'artifice sont perpétuellement lancés dans la foule et l'on progresse à coups de pétard.

L'idée m'est venue dès lors : « Mais est-ce que le 22, l'on n'aurait pas employé des pétards ? » Et j'ai demandé, Messieurs, à nos experts de bien vouloir vérifier sur l'original. Cet original d'une de nos annexes, nous le devons, chose singulière, à nos collègues portugais, car le fameux récit de Desai n'avait été reproduit qu'en traduction anglaise et accompagnait un rapport de l'administration nouvelle des territoires enclavés,

également rédigé en anglais, et nous n'avions pas d'original. Or dans le texte anglais figurait que « *we achieved the independence of Dadra by firing* ». Heureusement, Messieurs, l'agent portugais nous a réclamé ces originaux par lettre du 23 février dernier, nous avons dû répondre; au bout d'un mois, le 23 mars, que nous ne les avons pas mais que nous allions demander à l'administration des enclaves si elle pouvait nous les envoyer. Nous les avons reçus pendant le procès et nous les avons aussitôt déposés le 9 octobre dernier et communiqués à nos adversaires le 9 octobre, sans les avoir regardés, mais c'est à la suite de la réplique de M. Bourquin, et après les réflexions dont je viens de vous faire part, que nous avons été voir les documents, et qu'est-ce que nous avons constaté? C'est qu'il y avait un mot omis dans la traduction après le mot « *firing* », et le correspondant de ce mot, car le document est établi en langage gujerati, le document porte après le mot correspondant à « tirer » le mot *fataka*, qui signifie des pétards, en langage hindoustani ou urdu le mot correspondant est le mot *pataka*. Il y a sûrement des membres de la Cour qui seront en mesure de connaître cette expression de *fataka* ou *pataka*, qui se retrouve dans l'original. Mais dès lors le document dont faisait état M. Bourquin prend un tout autre sens. Ils sont donc arrivés avec des pétards! Il paraît que tout le monde en possède en Inde et qu'il y a quelques jours, à l'occasion du premier jour de l'an, il y a eu de grandes réjouissances à coups de pétard sur tout le territoire habité par des Indiens. On s'en est donc servi le 22; quelqu'un a trouvé intelligent d'y avoir recours, et l'événement lui a donné raison; ces pétards dans l'atmosphère quelque peu fiévreuse du 22 juillet 1954 ont eu tout à coup un effet formidable. Les pauvres officiers portugais se sont trouvés seuls et vous connaissez la suite des événements que j'ai résumés très brièvement tout à l'heure. Voilà quant aux événements de Dadra. Dois-je ajouter que la petite découverte que nous avons faite, il va de soi que je n'ai pas voulu en réserver la surprise à mes adversaires, ou le saisissement, et que j'ai tenu à leur communiquer dès hier la rectification que nous pensions devoir apporter à la traduction du récit de Desai, pour qu'ils aient l'occasion de vérifier eux-mêmes l'original s'ils l'estimaient utile.

Quant à la libération de Nagar-Aveli, la Cour se souviendra qu'elle s'est produite quelque temps plus tard. Il y a une semaine qui s'écoule entre le moment où Dadra est libéré et le moment où les mêmes vont pénétrer dans le territoire de Nagar-Aveli. On nous a dit qu'il y avait beaucoup de versions de cette deuxième libération. En réalité il y a deux ou trois faits qui ne sont pas contestés, qui sont certains; le premier, c'est que la libération de la grosse enclave a commencé à Naroli et ceci est déjà intéressant parce que Naroli n'est pas du tout l'endroit de la grosse enclave qui est le plus proche de Dadra. Les insurgés ne se sont pas rendus par la route directe de Dadra à Silvassa, les insurgés ont pénétré beaucoup plus au sud-ouest, dans un autre village qui est moins important que Silvassa et qui est le village de Naroli. Il semble bien qu'il n'y ait eu là aucun combat quelconque. Il n'a en effet jamais été fait état de pertes ou de morts d'hommes quelconques du côté portugais en ce qui concerne l'occupation de Naroli.

Il y a un autre point qui est incontestable aussi, c'est que Silvassa, le chef-lieu des enclaves, a été évacuée deux jours plus tard, le 1^{er} août au soir, par l'administrateur de toute l'enclave, accompagné par une bonne partie de la police, tandis que le reste de la police se plaint d'avoir

été laissée sans instructions et dans un manifeste a déclaré qu'elle se joignait aux insurgés et qu'elle abandonnait donc l'administration portugaise. Voilà deux choses qui sont établies.

Une troisième, c'est qu'après s'être dirigé vers le sud, l'administrateur Fidalgo, le lieutenant chef de police Falcao et le sous-chef Pegado ont tous les trois pénétré en territoire indien le 11 août, et en bonne santé: ils furent en mesure de rassurer par téléphone, nous verrons cela dans un instant, leurs épouses. Il semble bien que tout cela se soit produit sans combat. En tout cas, il n'y a aucune mention de perte, bien qu'il y ait quelques récits sonores et quelque peu glorieux que nous trouvons dans les correspondances de presse.

Ne nous en étonnons pas trop. Mon expérience militaire me montre qu'il faut se méfier des communiqués, il faut regarder l'état des pertes et, s'il n'y a pas d'état de pertes, eh bien! le combat couronné de succès n'est pas un combat sérieux, c'est un combat pour la presse. Cependant, on nous dit qu'il y a quatre versions de ces événements, et M. le doyen Telles, avec beaucoup de précision et de finesse, a décrit les quatre versions que nous avons présentées en citant chaque fois les documents ou comptes rendus où elles ont figuré. Mais ces quatre versions portent sur quoi? Uniquement sur les motifs qui ont incité le capitaine et sa suite à quitter le territoire qui lui était confié et à pénétrer en territoire indien.

Messieurs, puisque je suis certain de terminer dans le temps que je me suis prescrit, c'est-à-dire aujourd'hui, je demande à la Cour la permission de suivre un instant mes estimés contradicteurs sur ce terrain psychologique. Constatons tout de suite qu'il n'y a pas seulement quatre versions, mais avec un peu d'attention on constate qu'il y a dans la documentation sept versions ou explications des motifs qui ont provoqué ce départ. Je m'empresse de dire du reste qu'elles ne s'excluent pas l'une l'autre et que la plupart doivent à mon avis être retenues comme ayant contribué à cette décision de départ qui amène la chute du régime portugais dans la grande enclave.

La première explication, c'est qu'il y a des rumeurs quant à des forces armées importantes qui se dirigent vers Silvassa. Car, arrivé en territoire indien, le capitaine Fidalgo n'a vu aucun motif de refuser une interview aux journalistes qui se pressaient là, et il a déclaré que son départ avait été motivé par l'information reçue le 1^{er} août de la marche de volontaires armés sur Silvassa. Sans doute croyait-il, et je suis convaincu que c'était sincère; que c'était une masse, des forces écrasantes auxquelles il lui serait impossible de résister. Cela ne veut pas dire, Messieurs, qu'il ait raison; je voudrais évoquer à ce sujet un petit souvenir militaire de la dernière guerre mondiale qui n'est pas particulièrement glorieux, mais qui est édifiant: ayant repris du service après 23 ans, et me trouvant adjoint à un commandant militaire de groupe d'artillerie, nous reçûmes un soir, nous trouvant dans la position d'Anvers où l'armée belge s'était repliée, une communication téléphonique, que je pris moi-même, d'un commandant de batterie qui d'une voix tremblante d'émotion nous fit savoir que sa batterie était entourée par des parachutistes mais qu'ils se défendraient jusqu'au dernier. Autour de moi l'on se trouvait assez ému. Personnellement, ayant fait la première guerre, j'étais plus prévenu, j'ouvris la porte de notre état-major, la nuit était noire mais parfaitement silencieuse; je fus renforcé dans mon incrédulité; avec un téléphoniste, je me dirigeai vers cette position et, ayant été reçu par un coup de feu suivi immédiatement d'une demande de mot de passe, je

constatai bientôt que circulaient autour de cette batterie dans l'obscurité quelques bestiaux attardés qui erraient dans la prairie en faisant quelque bruit et qui avaient convaincu la batterie entière, décidée à se défendre, qu'elle était entourée d'ennemis. A mon avis il a dû régner à Silvassa le 1^{er} août une atmosphère à peu près semblable lorsque le capitaine décida de quitter la ville et de se diriger vers le sud.

Il y a une deuxième version, suivant laquelle il aurait été amené au départ par la faim, la famine, parce qu'on lui refusait des vivres. J'ai regardé, Messieurs, de près les documents auxquels il a été fait appel à cet égard; ce sont les documents reproduits aux pages 670 et 751 (III) de la duplique. Je constate que la circonstance relevée se situe non pas lors du départ de Silvassa, où je suis persuadé que les officiers ont continué à manger très bien jusqu'au dernier jour, mais dans une étape ultérieure, à Canoel, soit qu'il y ait eu mauvaise volonté de la population, soit qu'il y ait eu pénurie de vivres, Canoel, qui est une petite localité, n'ayant peut-être pas la possibilité de nourrir une centaine d'hommes arrivant à l'improviste. Il se peut donc que ce motif ait contribué à déterminer la poursuite un peu plus au sud vers le territoire indien.

Une troisième raison indiquée à la page 751, volume III, de la duplique est le fait des désertions ou des défections. Ce qui est établi, c'est que les soldats indigènes ne se sont pas beaucoup battus (nous avons vu que, même à Dadrá, en réalité donc le chef de la police s'est trouvé à peu près seul à se servir de ses armes) et également que 49 d'entre eux n'ont pas suivi le capitaine. Ils s'en plaignent du reste, estimant avoir été abandonnés, et déclarent se rallier aux insurgés. Le capitaine administrateur peut donc avoir agi sous l'empire d'une défiance justifiée à l'égard de ses troupes.

Il y a aussi, et ceci est plus intéressant, une déclaration suivant laquelle, à un moment donné (c'est dans une interview qu'il donne au correspondant du *Hindu*), il a agi sur instructions de son Gouvernement, du gouverneur de Damão. La chose est matériellement possible, car il y a eu jusqu'à cette époque communication par le télégraphe avec le Gouvernement de Damão; les instructions ne sont donc pas exclues. Est-ce qu'il y a eu des instructions? Nos adversaires seuls pourraient nous dire ce qui en est, quelles ont été les dernières communications envoyées et leur date.

C'est dans la même interview que l'administrateur dit également qu'il avait entendu des rapports suivant lesquels il y avait des négociations; ajoutant, ce qui est assez naïf, qu'il passa en territoire indien pour se rendre compte de la nature exacte des négociations.

Une autre explication encore, Messieurs, et qui résulte également de cette interview: le capitaine Fidalgo déclare à l'interview du *Times of India* (c'est toujours dans l'annexe 105 à la duplique) qu'ils ont quitté Silvassa à 8 heures du soir le 1^{er} août, apprenant que les volontaires arrivaient et l'administrateur désirant éviter une rencontre avec eux; « *to avoid a clash with them* ». Cet administrateur et le chef de la police, Messieurs, seraient donc des pacifistes; ils posséderaient au degré suprême cette qualité que l'on nous a décrite comme distinctive de la race portugaise, ils auraient de la douceur; ça les rendait évidemment peu désireux de se heurter à une troupe de volontaires armés et ils préférèrent se retirer.

Et enfin, Messieurs, il y a une dernière explication qui est avancée par l'administration: c'est que peut-être certains d'entre eux pouvaient avoir des raisons privées. On signale le cas de l'officier Pegado qui avait

harcelé l'administration pour obtenir un laissez-passer pour sa femme enceinte, désireuse de se rendre à Bombay pour accoucher; elle avait obtenu ce laissez-passer et il était peut-être très naturellement et normalement désireux de la rejoindre. Ce n'était du reste pas le seul bon mari. Le capitaine Fidalgo lui aussi, quand les choses se gâtent, nous voyons qu'il expédie sa femme à Bombay, où elle arrive dès le 8 août, et le 11, à son arrivée à Vapi, son souhait le plus pressé est de lui téléphoner et de la rassurer sur son sort. Tout cela résulte de l'annexe 105. Ce qui est un peu plus ennuyeux, c'est que le capitaine Fidalgo et le lieutenant Falcao soient arrivés les premiers à Vapi, qui est la petite station de chemin de fer indienne, et qu'ils y soient arrivés quelques heures avant la troupe. Peut-être, Messieurs, diront-ils qu'ils étaient là comme personnel d'installation. En tout cas, ce qui est exact, c'est qu'ils ont attendu le capitaine Pegado avant de se mettre à table. La suite des événements est très simple, c'est le 15 août 1954 que le chef de la nouvelle administration autonome proclame la fin du régime portugais, dans une proclamation dont on voit le texte romantique reproduit à la page 854 (III) de la duplique.

Voilà, Messieurs, le récit fidèle, aussi sommaire que possible, que je devais vous faire de ces événements. Comme vous le voyez, ils n'ont pas été épiques; ils n'ont pas été meurtriers, et je m'en félicite, mais ils ont été efficaces; et nous verrons cet après-midi quelle est l'appréciation juridique que l'on doit porter sur les effets qu'ils ont pu avoir.

[Audience publique du 6 novembre 1959; après-midi]

Monsieur le Président, je ne suis pas encore à l'examen de la situation telle qu'elle est aujourd'hui, j'en suis encore à l'examen des faits que nous venons d'examiner, c'est-à-dire des événements qui se sont déroulés du 22 juillet 1954 au 15 août 1954.

Mon estimé contradicteur et ami M. Bourquin dit: « Vous n'avez pas prouvé l'insurrection, il ne s'agit pas seulement d'une rébellion ou d'une émeute, c'est une insurrection que vous devez établir. »

Je ne sais pas quelle est l'idée dramatique que M. Bourquin se fait d'une insurrection. Il nous la décrit comme devant être « un mouvement de masse ». Juridiquement, cependant, je ne vois pas la possibilité d'établir une distinction et une hiérarchie entre la simple émeute, la rébellion, l'insurrection. Devrions-nous, pour établir cette distinction, fixer un quota de victimes qui marquerait la différence entre chacun de ces événements? Ce qui compte, me paraît-il, en droit, c'est le but et l'effet du mouvement, même s'il n'est pas du tout sanglant, même s'il se produit à coups de pétards. Je me souviens de ce fait historique: un roi de France — je ne sais lequel — entendant du bruit, un grondement de foule sous ses fenêtres, interrogea son entourage en lui demandant: « C'est une émeute? », et s'entendit répondre: « Non, sire, ce n'est pas une émeute, c'est une révolution! »

Eh bien! nous nous trouvons devant un fait semblable: quelque chose qui n'avait que les dimensions d'une émeute a abouti à une révolution; c'est-à-dire, à l'effondrement du régime portugais dans les enclaves. Et je crois qu'au point de vue juridique, c'est tout ce qui importe. Je me souviens que les Suisses, dans leur accord de 1928 avec l'Allemagne — que je vous ai abondamment commenté —, excluaient l'hypothèse de

l'octroi d'un droit de passage quelconque lorsque les troupes, ou les forces de police, auraient pour objet de prévenir ou de réprimer des désordres politiques ou économiques. Assurément, ce sont bien des désordres qui se sont produits à Dadrá et à Nagar-Aveli, et l'insistance que l'on met à insister sur le terme « insurrection » n'a donc, je crois, aucune pertinence.

Nos estimés contradicteurs nous disent aussi : « En tout cas, il y a eu des gens venus de l'extérieur et, même s'ils n'étaient pas armés, la responsabilité de l'Inde est engagée dans le fait qu'on les a laissé passer. »

Je ne crois pas non plus que cela puisse retenir l'attention de la Cour, car, vraiment, l'Inde n'était pas chargée de faire la police sur tout son territoire pour voir quelles étaient les intentions des gens qui y circulaient sans armes. Il y a, au surplus, en Inde, pleine liberté de manifestation. Pourquoi dès lors les autorités indiennes auraient-elles dû — à supposer qu'elles eussent identifié les partisans et connu leur destination — faire obstacle à ce que, sans armes, ils se rendent dans un territoire étranger, ouvert, au surplus, à tous pour y manifester?

M. le professeur Bourquin nous dit : « Mais ils étaient armés, et ceci est plus grave » ; et à deux reprises il nous a lu — avec sévérité — une disposition du projet de code de la Commission du droit international sur la répression des crimes de guerre, où parmi les modalités de crimes d'agression est mentionné le fait pour un État de laisser s'organiser sur son territoire des bandes armées destinées à provoquer la révolution dans un pays étranger.

Messieurs, même s'ils étaient armés, oui, la responsabilité de l'Inde aurait pu être engagée s'ils étaient visiblement armés, si l'Inde, connaissant la formation d'une bande armée, l'avait tolérée, assurément. Mais, comme je vous le disais, il pouvait y avoir eu des gens cachant des armes à l'insu de la police, auquel cas sa responsabilité aurait été d'autant moins engagée que, d'après un document produit par nos collègues portugais et qui est un article du *Times of India* du 24 juillet (III, p. 747 de la duplique) :

« Les partisans ont été fouillés par la police indienne qu'ils avaient rencontrée, et la police indienne ne leur a laissé que des bâtons. »

Je ne crois pas que laisser circuler des gens avec des bâtons engage la responsabilité internationale et soit assimilable à un crime d'agression.

Nous avons vu du reste qu'en fait les partisans n'étaient pas armés, que tous les documents que nous possédons déclarent qu'ils n'étaient pas armés, y compris le récit du partisan où M. Bourquin avait cru pouvoir trouver une indication en sens contraire. En sens contraire, il ne reste que le fait relevé par M. le professeur Bourquin que Aniceto Rosario aurait été tué d'une balle de fusil, mais c'est là une pure hypothèse, car il n'y a aucune indication quant à l'arme qui causa la mort d'Aniceto Rosario. Nous avons à ce sujet deux récits : d'après l'un, sa mitrailleuse s'est enrayée (c'est le récit du partisan), et il a été alors tué par un coup de canif, par un ami de ce partisan. D'après un autre récit, qui figure également dans un des journaux produits par le Portugal — récit qui flatte davantage l'amour-propre de la bande de partisans —, tandis que l'officier avait commencé à tirer, un partisan se serait approché de lui par derrière, l'aurait assommé, il aurait laissé tomber sa mitrailleuse et serait tombé également et on l'aurait achevé.

Je ne sais pas laquelle de ces versions est la bonne, mais en tout cas je retiens que rien ne permet d'affirmer que l'officier ait été abattu par un coup de fusil.

Alors, le quatrième argument que l'on nous oppose est de nous dire: « L'Inde n'a jamais parlé d'insurrection avant 1957. »

Messieurs, encore une fois, nous n'avons pas employé le mot « insurrection », mais si vous voulez vous reporter — et je m'abstiendrai encore de lire ce document parce que je le crois superflu — à la réponse qui est faite le 28 juillet 1954 par le Gouvernement de l'Inde à une protestation du Portugal, vous verrez qu'il y parle abondamment du mouvement de libération qui s'est produit dans les territoires indiens et de son refus de participer à la répression. Eh bien! il n'y a pas moyen de désigner plus clairement ce qui vient de se produire. Sans doute le Gouvernement de l'Inde n'échafaude pas des théories sur la reconnaissance des insurgés, nous verrons dans un instant que cela est parfaitement superflu. Mais le fait de l'insurrection — et la raison de son refus d'en encore laisser passer des troupes — est très clairement indiqué, et ne pouvait pas ne pas l'être, dans le document indien.

Enfin, dans le même ordre d'idées, on reproche à l'Inde de s'être refusée à faire la lumière.

Mais cela encore, c'est totalement inexact.

Nous avons reçu, pendant cette période du 21 juillet au 15 août, trois demandes de la part du Gouvernement portugais.

La première demande était d'autoriser le passage vers Dadrá de renforts de police. Tel était l'objet de la demande du 24 juillet (mémoire, annexe 50, I, p. 87). Et comme il résulte de l'annexe 52 au mémoire, I, p. 90, il y a été répondu verbalement dès le 24 au moment de la remise de la note, et il y a été répondu par écrit le 28, dans des termes qui, à mon sens, sont excellents et parfaitement clairs: le ministère des Affaires étrangères de l'Inde a indiqué qu'« il ne pouvait pas être partie dans la suppression d'un mouvement sincère, nationaliste, pour la libération d'une domination étrangère dans une partie quelconque des établissements portugais de l'Inde ». Alors, il y a eu le 26 juillet une deuxième demande (mémoire, annexe 51) — dont on fait état —, demande tendant à permettre l'envoi de délégués gouvernementaux. Mais, Messieurs, ce qu'on ne vous a pas dit, c'est que, non seulement on demandait le passage de ces délégués gouvernementaux, mais, étant donné qu'ils ne seraient pas armés, on demandait que les autorités de l'Union leur garantissent les mesures de protection nécessaires pour atteindre Nagar-Aveli et retourner à Damão sans être molestés. C'était donc une escorte qu'ils devaient avoir, escorte d'autant plus difficile à leur accorder que, bien que dans le document du 26 juillet on déclara qu'il n'était pas indispensable que leur route passât par le territoire de Dadrá, on se proposait d'examiner en passant ce qui était survenu à Dadrá, et qu'en fait, en période de mousson surtout, il n'était guère possible de se rendre — si ce n'est à pied — de Damão à Nagar-Aveli sans passer par Dadrá.

Sur ce point encore, le Gouvernement a répondu le 28 juillet de façon tout à fait fort claire en faisant valoir que des délégués du Portugal, dans un moment comme celui-ci, seraient extrêmement mal vus et qu'il n'était pas possible — alors que le régime portugais venait d'être renversé à Dadrá et que l'agitation s'était déjà manifestée à Nagar-Aveli — de leur permettre ce passage.

Et puis, nous avons une dernière proposition dont on vous a parlé aussi mais, je crois, en termes incomplets, et qui est bien intéressante — malheureusement elle n'a pas été suivie de faits.

Messieurs, c'est une communication qui, celle-là, a été faite le 8 août — elle figure à l'annexe 5 des annexes aux observations portugaises. Sous le paragraphe 3, le Gouvernement portugais y déclare « que, désireux d'éviter autant que possible une violation du droit et de la paix », il fait une proposition à l'Union indienne et, en général, à toutes les nations constituant la communauté internationale; proposition qui, si elle est acceptée par l'Union indienne et retenue par quelques-unes des autres nations, permettra de jeter une lumière sur la situation, de démontrer la bonne foi — ou qui est de bonne foi — et d'éviter la possibilité de malentendus déplorables et de collisions déguisées conduisant à une effusion de sang et à la création de nouveaux centres d'hostilités en Asie.

Suit alors — je vous fais grâce du détail — toute une procédure pour la constitution d'une commission impartiale désignée de façon mixte par les deux États.

Cette note est du 8 août, et dès le 10 août le Gouvernement de l'Inde marque son accord de principe et demande l'ouverture de négociations. Et cela figure non pas dans le mémoire cette fois, ni dans ses observations, mais la chose a été publiée dans les documents indiens comme annexe F 112 à la duplique.

L'Inde confirme deux fois son acceptation et, à sa grande surprise, alors qu'elle demande que les négociations s'ouvrent de suite, il n'y est pas donné suite et le 15 août se passe sans que rien ne se soit passé dans cet ordre d'idées.

Je crois, Messieurs, pouvoir conclure cette partie de mon exposé en vous disant qu'au cours de cette période l'Inde n'a rien eu à se reprocher et que le Portugal n'a rien à lui reprocher.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en arrive à la période qui suit immédiatement la proclamation du 15 août célébrant la chute du régime portugais. J'aurai très peu de chose à dire à ce sujet parce qu'elle se confond pratiquement avec l'examen de la situation actuelle qui va me rettenir un peu plus longtemps.

En réalité, dans les enclaves, la situation au lendemain du 15 août se caractérise par un fait qui n'est pas dénié, c'est que l'enclave s'organise, qu'une administration est montée de toutes pièces pour remplacer les fonctionnaires qui ont disparu et pour mettre un terme à ce que l'on considère comme des abus.

Le rapport qui a été publié dans l'annexe à la duplique F n° 117, et qui est le rapport de l'administration nouvelle, décrit de façon précise, dans l'ordre chronologique, quelles ont été les mesures prises dans un très grand nombre de domaines au point de vue administratif, judiciaire, culturel, agricole, santé publique, etc.

Il y a une chose qui est tout à fait importante au point de vue juridique, c'est, Messieurs, que presque immédiatement, dans un temps record, cette petite nouvelle administration réussit à établir le maintien de l'ordre. Je n'ai pas besoin de vous dire que c'est là la condition indispensable pour qu'un pouvoir de fait puisse aspirer à quelque reconnaissance quelconque dans l'ordre international. Nous avons à ce sujet un document sur lequel j'attire l'attention de la Cour, qui ne lui a pas encore été cité; il est reproduit à la page 891 (volume III) de la duplique; c'est une lettre d'un père Joseph Albuquerque, vicaire forain de Canoel,

écrite à la demande de l'administration qu'il lui envoie une lettre pour démentir certaines accusations dont elle a fait l'objet, et qui se termine par l'alinéa suivant :

« Je me trouvais à Goa pendant les attaques sur Nagar-Aveli qui ont eu lieu vers le 1^{er} août; je suis entré à Nagar-Aveli seulement le 14 août. J'ai entendu que des assauts et des pillages avaient eu lieu dans certaines parties de Nagar-Aveli, spécialement au sud de la rivière Damanganga. J'ai été parler aux autorités pour les prier de prendre des mesures pour la sécurité des gens et de nos prêtres et de nos frères qui se trouvaient tous à leurs postes. Ils m'assurèrent qu'ils s'en occupaient; ils firent arrêter le désordre, beaucoup de pillleurs et d'ivrognes furent arrêtés. En une semaine après mon arrivée, j'ai été escorté à ma requête, comme il n'y avait pas de moyens de transport, vers Dapara et puis vers Canoel; l'influence de l'activité de la police se faisait sentir partout et à la fin du mois d'août, les gens étaient retournés à leur travail sans être troublés. »

C'est un beau résultat pour une petite administration qui vient de s'instituer. Et je crois, Messieurs, qu'il doit être retenu.

Cependant, le Portugal continuait à protester, et bien que ses protestations se rapportassent surtout au fait que les policiers, les fonctionnaires qui se trouvaient à Bombay n'auraient pas reçu suffisamment rapidement leur visa pour pouvoir se rendre à Damão, nous voyons également une nouvelle proposition qui se trouve formulée cette fois par une lettre du 6 septembre et qui, Messieurs, sans revenir sur la proposition d'envoi d'une commission mixte qui avait reçu l'accord de principe, y substitue en fait quelque chose de tout à fait différent, à savoir l'envoi à Dadrá et à Nagar-Aveli de délégués étrangers nommés par le Gouvernement portugais.

Messieurs, la réponse négative figure dans le contre-mémoire (annexe C n° 84, I, p. 557). Elle est datée de 3 jours après, du 9 septembre; elle me paraît tout à fait justifiée; le Gouvernement de l'Inde, tout en regrettant qu'on n'ait pas donné suite à la proposition d'observateurs impartiaux, répète les raisons qui lui ont interdit d'accorder le passage à des envoyés officiels portugais. S'il s'agit de ressortissants étrangers, le Gouvernement de l'Inde signale que toutes facilités sont données aux étrangers pour circuler dans le territoire de l'Inde, mais que le Gouvernement de l'Inde n'accepte pas que les visas soient demandés pour eux par le Gouvernement portugais. — Réponse raisonnable. Il y a en effet des milliers d'étrangers qui circulent librement en territoire de l'Inde, il est au pouvoir de chacun d'entre eux de visiter Nagar-Aveli si les autorités de Nagar-Aveli l'y admettent. Il est donc extrêmement aisé pour le Gouvernement du Portugal d'avoir des renseignements à ce sujet, et je suis tout à fait convaincu qu'il ne s'en est pas privé.

Dans ces conditions, Messieurs, je crois pouvoir dire qu'en encore une fois, en ce qui concerne cette période immédiatement postérieure, il n'y a pas de grief nouveau qui puisse valoir et que l'Inde n'a sur ce point non plus rien à se reprocher. Et j'en arrive ainsi à l'examen de la situation actuelle.

Elle est caractérisée par le même fait que celui que je relevais tantôt, à savoir l'existence d'une administration indépendante — sauf que cet état de choses dure maintenant depuis cinq ans, depuis un peu plus de cinq ans, puisque nous sommes maintenant au mois de novembre.

Évidemment, c'est là une situation assez spéciale, en ce sens que nous avons là une collectivité qui s'administre elle-même mais qui ne souhaite pas demeurer une collectivité indépendante et qui appelle de ses vœux l'annexion à l'Inde. Ce qui fait qu'il y a dans les déclarations qui en émanent une note incontestable d'amertume. Je me réfère au document annexe 117, p. 781 (volume III) de notre duplique; vous y trouvez le texte de la lettre d'envoi qui accompagne le rapport de 1958 et vous voyez que les signataires y déclarent « qu'ils ne peuvent pas comprendre pourquoi le Gouvernement de l'Inde ne répond pas à leur requête faite en tant d'occasions ». Et dans le préambule du rapport, ils se plaignent aussi « que le Gouvernement de l'Inde ait ignoré leur demande, ait créé à la population des privations et des frustrations qui ne sont pas nécessaires ». Après quoi, dans le dernier paragraphe du préambule, vous avez cette note assez touchante de fierté: « ceci doit être le plus petit État du monde où un peuple peut participer à l'administration comme nulle part ailleurs sans être gêné par un contrôle bureaucratique oppresseur ».

Ils ont donc une certaine fierté de cet État qu'ils souhaitent provisoire.

Et que fait l'Inde? L'Inde, Messieurs, elle s'abstient. Depuis cinq ans, elle laisse sans réponse ces appels.

Nous avons dit que l'Inde aurait pu reconnaître la souveraineté de cet État. On nous répond: « Que faites-vous de la souveraineté portugaise? La souveraineté portugaise est encore existante! » Certes, je n'ignore pas que le Portugal n'a en aucune façon renoncé à sa souveraineté sur les enclaves, bien qu'il ne soit pas à prévoir que cette influence, qui a totalement disparu, puisse d'une façon quelconque s'y refaire sentir, mais je sais aussi qu'il en est toujours ainsi et que l'histoire nous montre que dans tous les États dont une partie de la population s'affranchit, le gouvernement de l'État mutilé est le dernier généralement à vouloir s'incliner devant cet état de choses, alors même que la plupart des États étrangers ont dû le reconnaître.

Certes, il y aurait violation de cette souveraineté si une reconnaissance intervenait « tant que les insurgés n'ont pas établi de fait leur indépendance ». Je mets ces mots entre guillemets. Je les extrais d'un ouvrage d'un des vôtres, de M. Spiropoulos, de sa *Théorie générale du Droit*, page 189. Il reprend l'idée développée dans sa monographie sur *Die de facto Regierung*. Mais, Messieurs, encore une fois, cette condition, elle est aujourd'hui totalement remplie. Les insurgés ont établi de fait leur indépendance depuis le 22 juillet 1954. Il n'y a plus un coup de feu qui est tiré là-bas, il n'y a pas l'ombre d'une résistance à la domination de l'administration nouvelle et, dans ces conditions, la voie était libre. Et pourtant, l'Inde ne s'y est pas engagée, dans cette voie. Et je vous ai abondamment exposé les raisons de cette attitude. Je ne reviens pas sur ce fait.

L'Inde a, néanmoins — nous l'avons déclaré, cela a intrigué et, semble-t-il, inquiété nos adversaires —, l'Inde a néanmoins établi avec l'administration nouvelle des relations de fait, et il est probable que ces relations vont en se développant. Elle a « reconnu » l'administration dans la mesure où elle a été amenée à établir des relations avec elle. Est-ce que cette reconnaissance est une reconnaissance d'insurgés? Est-ce que c'est une reconnaissance d'État nouveau, ou de gouvernement nouveau? Messieurs, M. le professeur Bourquin s'offusque de l'imprécision de nos réponses sur ce point. Il nous somme de ranger l'attitude de l'Inde dans une des nombreuses catégories que les savants juristes ont établies pour classi-

fier les modalités de reconnaissance. Je crois vraiment, Messieurs, que la Cour reconnaîtra que s'il est une matière que le droit international ne régleme pas et où la théorie suit la pratique, c'est bien celle de la reconnaissance. Il y a tous les jours des modalités nouvelles, des États qui sont un, tout en étant plusieurs. Nous n'avons pas encore la trinité, mais nous avons la dualité. Nous avons une Allemagne et deux Gouvernements, une Corée et deux Gouvernements, une Indochine et deux Gouvernements, et il y a des États qui reconnaissent deux gouvernements pour le même État. Évidemment, cela n'est pas très clair. Mais, Messieurs, tous les auteurs commencent toujours par proclamer, et l'Institut de Droit international lui aussi, que la reconnaissance est un acte libre. Autant dire qu'on laisse la porte ouverte aux chancelleries de tâcher d'imaginer des modalités nouvelles qui conviennent à des situations qui sont nouvelles, et qui font naître des intérêts nouveaux.

Alors M. le professeur Bourquin nous dit : « En tout cas, l'Inde ne peut pas être neutre dans le présent conflit, parce que non seulement elle a de la sympathie pour un des camps, mais elle converge vers le même but que les insurgés, c'est-à-dire leur annexion. »

Messieurs, que je vous dise tout d'abord qu'il n'est pas question, ou, tout au moins, qu'il n'est plus question de neutralité. Oui, le mot « neutralité » pouvait être employé comme un équivalent de la non-intervention tant qu'il y avait deux forces ou deux puissances en présence sur le territoire des enclaves et qu'une lutte au moins théorique se poursuivait et qu'un doute pouvait exister sur celle qui allait l'emporter, c'est-à-dire pendant vingt et un jours. Mais il n'y a plus aujourd'hui de conflit, et, en l'absence de conflit, le mot « neutralité » n'a pas de sens.

Mais j'ajoute, Messieurs, qu'il n'est pas vrai que nous convergions vers le même but. Car si l'enclave souhaite son rattachement à l'Inde, l'Inde, elle, souhaite le rattachement de toute l'Inde portugaise. Ce qui n'est pas la même chose. L'enclave, on a bien voulu le reconnaître, a acquis son autonomie en usant de moyens de contrainte, assurément relativement peu sanglants, mais qui n'en sont pas moins différents des moyens par lesquels l'Inde espère, avec patience, arriver à ses fins.

On a, apparemment pour jeter le doute sur ses intentions, fait état d'un discours qui a été prononcé par le premier ministre Nehru, le 6 septembre 1955, je crois que c'est au parlement indien, discours dans lequel il avait déclaré qu'il y avait deux étapes : que la première étape était de se débarrasser des Portugais (vous trouverez tout cela à l'annexe première aux observations préliminaires, appendice IV) — que la première étape était de se débarrasser des Portugais et que la seconde était l'annexion de Goa. « Je n'ai aucun doute — avait-il ajouté — qu'elle sera réalisée parce que toutes les circonstances sont en notre faveur. »

Mais dans le même discours je lisais : « je ne suis pas disposé à m'imposer aux Goanais », et dans le même discours je lisais : « Nous n'avons pas de doute que Goa étant partie de l'Inde deviendra partie de l'Union indienne. Elle en deviendra partie parce que les Goanais désirent qu'il en soit ainsi, « *not because we pushed them into it* » — non parce que nous les y pousserons, nous les y précipiterons. » Ce qui fait, Messieurs, qu'il y a tout au plus un parallélisme, si vous voulez, entre ces deux attitudes ; mais depuis cinq ans elles ne se sont pas rencontrées et je ne sais encore quand elles se rencontreront.

En tout cas, ce qui serait tout à fait paradoxal, ce que je ne parviens pas à comprendre, c'est que de cette parenté de politique, de cette simili-

tude ou de cette sympathie réciproque ou de ces vœux indiens pour le succès de cette administration, on tire une obligation pour l'Inde de ne pas observer une attitude qui lui serait permise si l'Inde était indifférente. Messieurs, je n'ai pas besoin de vous dire que, pendant la dernière guerre mondiale, nous avons vu, heureusement, des neutres qui avaient des sympathies très considérables en faveur des Nations Unies. Ils ne les cachaient pas. Ils ont observé pendant un temps une neutralité qu'ils qualifiaient eux-mêmes de bienveillante avant de nous rejoindre. Je n'ai jamais entendu que l'on ait considéré qu'ils ne pouvaient pas observer une neutralité parce qu'ils nous étaient favorables, et il n'y a pas eu de protestations à ce sujet.

J'admets volontiers que la position de l'Inde pourrait être condamnée si l'administration de Silvassa n'était pas une administration autonome, qu'étant née de violences extérieures, elle était encore aujourd'hui sous l'influence d'une autorité extérieure, qu'après avoir subi une invasion, ce territoire subit une occupation et que son administration était un gouvernement fantoche, simple instrument du Gouvernement de l'Inde. En d'autres mots, il y aurait là un petit Mandchoukouo. Mais personne n'a soutenu cela. Personne n'a allégué que cette administration qui s'est créée à Silvassa était montée de toutes pièces par l'Inde. Au surplus, quand on en voit la composition, on constate que les administrateurs ont été et sont pour la plupart des Goanais et que notamment l'*Attorney-General* — cela figure à la page 749 (III) de la duplique — a été depuis le premier jour jusqu'à sa mort ce fameux Carlos da Cruz, ce petit instituteur goanais devenu journaliste et qui pendant trente ans avait empoisonné l'administration portugaise par sa campagne nationaliste.

J'ajoute qu'il n'y a pas d'armée dans cette enclave. L'administration s'est contentée de reconstituer la police, mais elle a cette chance d'avoir pu se passer de budget d'armement, de défense nationale, et il est donc hors de question que ce soit par la force qu'elle se maintient au pouvoir, par la force qu'elle empêche la population de restaurer un régime suivant leur cœur, qui serait le régime portugais.

Je crois donc qu'il faut reconnaître que les reproches qui nous sont faits à ce sujet ne sont en aucune façon justifiés.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je suis arrivé au bout de ma plaidoirie, je n'ai plus qu'à répondre à un dernier argument de l'adversaire et puis à vous présenter une considération additionnelle, après quoi M. l'*Attorney-General* vous fera une très brève déclaration finale.

Monsieur le Président, le dernier reproche que nous adressent les conseils du Portugal est que notre attitude ne peut pas être considérée comme impartiale ou comme constituant une non-intervention, parce que les effets seraient différents pour les deux Parties en présence; d'une part l'administration autonome goanaise des enclaves, et d'autre part le Portugal.

« En effet », disent-ils, « votre attitude a pour conséquence que les rebelles sont à l'abri de toute expédition. Donc, ils sont les seuls bénéficiaires de votre neutralité. »

Monsieur le Président, je souligne tout d'abord le singulier aveu que cela constitue. Car on reconnaît, par-là même, que cette petite communauté, qui s'est affranchie du Portugal et qui n'a pas d'armée, ne compte pas de collaborateurs de l'ancienne administration et qu'en réalité 180 ans de domination portugaise n'ont pas laissé plus de partisans dans les

enclaves que trois siècles de colonisation espagnole n'avaient laissé de partisans en Amérique du Sud.

Mais j'en viens à l'argument en lui-même. Les conséquences de la thèse avancée seraient extraordinaires. Ainsi, un devoir d'égalité entre les deux camps en présence nous imposerait de fournir au Portugal un passage. Or, si le passage était accordé à l'une des forces contre l'autre, je devrais l'accorder dans les deux sens; on s'y battrait. Nous devrions dès lors créer une sorte de couloir isolé du pays environnant, une sorte de prolongement des enclaves, un champ clos en territoire indien pour les forces qui s'affronteraient, car il va de soi, d'après les déclarations de son administration — que nous devons croire sincères —, que la population des enclaves résisterait désespérément à toute tentative de restauration.

Je ne crois vraiment pas que l'on puisse raisonnablement considérer que c'est là une conséquence naturelle du respect de la souveraineté portugaise, étant donné le sacrifice qu'elle comporte pour la souveraineté indienne, et le trouble que cela représente pour l'ordre public.

A cet égard, nous avons fait état des sentiments de la population indienne, qui ne pourrait pas rester indifférente à ce spectacle. M. le professeur Bourquin nous a dit que cela ne pouvait pas entrer en ligne de compte. Mais je me demande alors pourquoi il nous a fait cette concession relativement au maintien de l'ordre. S'il admet que nous pouvons nous opposer au droit de passage parce que l'ordre pourrait être troublé, c'est évidemment parce que notre population serait tellement émue, tellement bouleversée de voir passer des étrangers qui vont rétablir leur domination sur des frères de race, qu'elle se soulèverait. Le fait est que vraisemblablement il n'y a pas un gouvernement qui aurait la possibilité de faire comprendre à l'opinion publique indienne qu'elle doit tolérer semblable chose.

Voilà la réponse que j'avais à faire à la dernière objection, ou au dernier reproche qui nous a été adressé, et j'ai ainsi terminé ma réfutation ou ma défense contre l'argumentation portugaise. Je ne ferai pas l'injure à la Cour, après la patience dont elle a fait preuve et l'attention qu'elle a bien voulu me témoigner, de lui infliger un résumé de ma démonstration du droit de l'Inde et du devoir de l'Inde d'agir comme elle l'a voulu. Mais je veux faire valoir une dernière considération.

Messieurs, en dehors de ce prétoire, en dehors des deux États qui sont représentés dans ce litige, il y a un groupe d'hommes qui ne sont pas représentés ici, bien qu'ils soient les premiers intéressés à la décision que vous allez prendre.

La communauté qu'ils forment n'a pas de personnalité juridique, nous a-t-on dit. Nous-mêmes avons été embarrassés de lui en donner une bien définie et nous l'avons appelée une « entité ». Je reconnais que le mot n'a pas une bien grande signification en droit international.

Mais ce que je sais, c'est qu'il s'agit d'un groupe d'êtres humains. Ce ne sont plus, en fait, des Portugais; ce ne sont pas encore, en droit, des Indiens, mais ils font leur apprentissage d'hommes libres.

Et l'Inde a joint à sa documentation cette petite brochure blanche illustrée que vous avez sans doute feuilletée, qui a été publiée à Londres en 1957, et dans laquelle on voit, de façon assez expressive, les résultats de cette petite administration. Ils sont étonnants. Je ne relève que deux choses qui m'ont frappé. En matière d'instruction: les écoles, qui étaient

au nombre de 4, ont passé à 51; il y avait 5 instituteurs, ils sont 90; il y avait 294 élèves en 1953, ils sont 3.380.

Et dans un autre domaine, je vois que cette terrible fabrication de liqueurs, qui était le poison pour cette population, a été considérablement réduite et que la production en est tombée de 5.000 gallons par an à 621 gallons.

C'est, pour une population de primaires, en grande partie de primaires, vraiment un très bel effort.

Comment cela s'explique-t-il, comment est-ce que cette population — qu'on a décrite comme si misérable, inculte, arriérée, inerte — montre actuellement ce zèle pour se développer et pour monter dans l'échelle sociale?

Il n'y a, Messieurs, qu'une explication: c'est l'effet de l'indépendance. C'est là un phénomène universel. Je lisais récemment la lettre d'une jeune femme que je connais bien, qui se trouve au Congo, qui s'y occupe, s'y livre à des activités sociales; elle disait le *changement extraordinaire* qu'elle constatait depuis un an dans l'attitude des noirs; jusqu'ici, ils s'étaient montrés passifs et se bornaient à subir les bienfaits des blancs qui s'intéressaient à eux, mais voici que, brusquement, ils s'affairent, s'intéressent à l'effort entrepris et apportent, gratuitement et avec zèle, leur collaboration dans l'enseignement, dans les cours du soir, dans la bibliothèque; dans les foyers.

Partout dans le monde, du reste (spécialement en Afrique et en Asie), on voit ainsi les peuples s'éveiller d'une longue nuit d'ignorance et de misère, découvrir leurs possibilités et leurs responsabilités. A côté d'inévitables et regrettables excès, de quelles promesses cette évolution n'est-elle pas riche?

Messieurs, nous la constatons à Nagar-Aveli; je ne sais pas si ce qui se passe dans ces enclaves actuellement est une réalité juridique, mais c'est assurément une réalité humaine. Je ne crois pas que la Cour puisse l'ignorer. La liberté qui fait le tour du monde a écorné l'immuable et imperturbable saint empire colonial portugais. Il me serait difficilement concevable que votre décision la fasse reculer.

L'Inde, qui n'a pas cru jusqu'à présent pouvoir répondre aux vœux de cette population, a cru tout de même qu'il était de son devoir de faire entendre sa voix, de vous intéresser à son sort, de faire valoir cette raison morale additionnelle pour que la demande portugaise soit rejetée.

27. STATEMENT OF SHRI M. C. SETALVAD

(AGENT AND COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARING OF 6 NOVEMBER 1959, AFTERNOON

Mr. President and Members of the Court.

I rise, with your permission, to add what really is a short epilogue to the arguments which have been addressed to you from this side of the Bar. The pleadings have, of necessity, occupied a considerable time, and one difficulty which has confronted India has been that some of the issues raised in relation to the post-British period by the Portuguese in their pleadings have been such as to make it difficult for the Counsel for India, in preparing their addresses to this Court, to draw the line precisely between what was relevant to the purely legal issues which the Court had to decide and what might be thought to stray into wider fields of political controversy. I am very well aware, Mr. President, of the injunction which you recently issued to both Parties; but I hope that I will be keeping within the bounds of that limit which, if I may say so, you very rightly set to the argument, if I say no more than this:

Although composed of very ancient peoples, as you know, India is one of the recent arrivals to independent nationhood in the world community. She is extremely jealous of her honour; and it has always been and will always be the firm and settled determination of those responsible for the conduct of Indian foreign policy, to uphold the rule of law in international relationships and to respect the rights and traditions of other countries. India has sought to do this in the present case; even although Portuguese determination to stay upon Indian territory, which stands behind the technical pleadings advanced by Counsel for Portugal on the strict legal issues before the Court, runs against the current of history. Whatever decision this Court may reach, it is the profound hope of India that the difficulties of the position in which she stands in face of the *de facto* changes that have taken place in Dadra and Nagar-Aveli, reflecting *de facto* what are changes which have taken place *de jure* in all other parts of India, will be fully understood and taken into account by the Court. India has not granted *de jure* recognition of the new administration in Dadra and Nagar-Aveli; but it is respectfully submitted that it would be flying in the face of obvious and manifest reality for India to disguise from herself that the people of Dadra and Nagar-Aveli have substituted a completely new and, may I add, permanent system of administration in place of the Portuguese administration. Whilst India in these circumstances feels that it would be unthinkable to seek to put the clock back, she has nevertheless hitherto maintained, as has been pointed out in these proceedings, an attitude of strict reserve, despite repeated and insistent indications by the peoples of Dadra and Nagar-Aveli that they wish to become part of the Indian Union.

Speaking as I do, both as Agent for the Government of India and holding the office of Attorney-General, it is my profound hope that the Court will be able to accept the view that India's attitude has been appropriate and indeed the only attitude which she could adopt. The

Court, it is hoped, will in these circumstances readily appreciate the wounding character of the repeated assertions made by the Government of Portugal that the risings were deliberately stimulated and encouraged by the Indian Government authorities.

Mr. President and Members of the Court, I have no more to say except this: these proceedings have, for India, been anxious and difficult. The Court has listened with the utmost patience and consideration to the case India has sought to present. It is both my pleasure and my duty to offer my thanks to the Court in the name of the country I represent and on behalf of those who have been taking part with me in the presentation of the Indian case.
