

## OPINION DISSIDENTE DE M. MORENO QUINTANA

J'exprime mon grand regret de ne pouvoir joindre dans cette affaire mon opinion à celle de la majorité de mes collègues de la Cour qui, sur son fond, ont admis, voire même d'une manière limitée et imparfaite, l'existence d'un droit de passage au profit du Portugal sur le territoire indien. Il découle de l'opinion de la majorité une prémisses juridique que je ne puis accepter. Telle, la continuité théorique d'une situation de fait, laquelle a été discontinuée — à mon sens — par les événements de 1954 dans les enclaves. Car celle-ci implique, par définition, la reconnaissance de la prescription comme mode d'acquisition de la souveraineté territoriale, institution de droit privé que j'estime étrangère à la technique du droit international. En plus, la décision de la majorité se place uniquement à une date qui ne lui permet pas de résoudre le problème qui lui est posé dans son entier.

Mon opinion dissidente s'appuie sur les considérations de fait et de droit que je signale à continuation.

\* \* \*

Par requête du 22 décembre 1955, le Gouvernement du Portugal introduit une instance contre celui de l'Inde par laquelle il demande à la Cour la reconnaissance d'un droit de passage pour le transit des personnes et des biens, y compris des forces armées « entre son territoire de Damao (Damao du Littoral), ses territoires enclavés de Dadra et de Nagar-Aveli et entre ceux-ci », en vue d'assurer sans restrictions ou difficultés « l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur lesdits territoires ». Il lui demande aussi de déclarer que l'Inde viole ses engagements internationaux quand elle empêche l'exercice de ce droit et qu'elle doit mettre fin à cette situation de fait. Le mémoire du demandeur amplifie cette requête et donne les fondements de droit qu'il considère applicables en l'espèce.

Dans son contre-mémoire, le défendeur soutient que la réclamation portugaise est vague et douteuse, que le droit de passage revendiqué manque de base juridique, qu'aucune preuve d'un usage local n'a été rapportée, et que, même dans une situation affirmative, lesdites base ou preuve seraient sans rapport et inapplicables aux circonstances du cas. Le demandeur, à son tour, résume ses conclusions dans sa réplique en manifestant qu'il ne discute pas la souveraineté de l'Inde sur son territoire, et qu'il demande simplement que cet État n'entrave pas les communications avec ses enclaves.

Une preuve documentaire abondante qui remonte au XVIII<sup>me</sup> siècle a été fournie par chacune des Parties à l'appui de leurs

DISSENTING OPINION OF JUDGE MORENO QUINTANA  
*[Translation]*

To my great regret I am unable to associate myself with the opinion of the majority of my colleagues of the Court, who, on the merits of the case, have admitted, though within limits and incompletely, that Portugal has a right of passage over Indian territory. There follows from the majority opinion a legal premise that I cannot accept. That premise is the theoretical continuance of a *de facto* situation which was in my opinion discontinued by what occurred in the enclaves in 1954. It implies, by definition, a recognition that territorial sovereignty can be acquired by prescription, a private law institution which I consider finds no place in international law. Further, the majority decision takes its exclusive stand upon a date which does not allow a settlement of the whole of the problem submitted to the Court.

My dissenting opinion is based upon considerations of fact and of law which I append hereto.

\* \* \*

By an Application of 22 December 1955, the Government of Portugal instituted proceedings against the Government of India and asked the Court to recognize a right of passage for persons and goods, including armed forces, "between its territory of Daman (coastal Daman) and its enclaved territories of Dadra and Nagar-Aveli and between each of the latter", in order to ensure, without restrictions or difficulties, "the effective exercise of Portuguese sovereignty in the same territories". It also asked the Court to declare that India was violating its international obligations by preventing the exercise of that right and to adjudge that India should put an end to this *de facto* situation. The applicant's Memorial amplifies this claim and supplies the legal grounds which it considers applicable to the case.

In this Counter-Memorial the respondent argues that the Portuguese claim is vague and dubious, that the right of passage claimed lacks a legal basis, that no proof has been furnished of any local usage and that, even if it were otherwise, the said basis or proof would be irrelevant and inapplicable to the circumstances of the case. The applicant in turn repeated its submissions in its Reply, declaring that it did not question India's sovereignty within its territory and was only asking that India should not obstruct communications with the Portuguese enclaves.

A wealth of documentary evidence going back to the eighteenth century was furnished by each of the Parties in support of their

prétentions respectives. C'est principalement par elle que le demandeur doit démontrer le bien-fondé du droit de passage qu'il réclame, car il ne peut pas discuter qu'en principe le transit des personnes et des biens à travers le territoire d'un État relève de la compétence nationale de celui-ci.

\* \* \*

Il s'agit tout principalement, et tout uniquement aussi, de savoir si un droit de passage a existé en faveur du Portugal pour communiquer de Damao avec ses enclaves et entre les enclaves elles-mêmes. Car, dans l'affirmative, l'Inde manquerait à ses obligations internationales en empêchant le Portugal à exercer ce droit. Or l'existence dans les rapports internationaux d'un droit est un fait qui, lorsqu'il est contesté, doit être prouvé par la partie qui l'invoque. Ceci est un principe élémentaire de la procédure.

La tâche que l'on doit remplir dans l'espèce n'est cependant pas si simple étant donné les fréquents changements apportés par le demandeur dans ses conclusions et l'insécurité même qu'il démontre au sujet du fondement de son droit à travers les différentes phases de la procédure. Tantôt il demande, comme il le fait dans sa requête, la reconnaissance ample d'un droit, tantôt il réduit cette ampleur dans son mémoire, tantôt il limite — comme dans sa réplique — l'exercice de ce droit à la réglementation du souverain territorial et il admet que le passage des forces armées pourrait être suspendu momentanément s'il pouvait constituer un élément de trouble pour l'ordre interne de l'État de passage. Or, c'est justement dans la circonstance d'un renversement de la situation dans les enclaves que les besoins du passage de troupes s'avéraient indispensables pour rétablir la prétendue souveraineté portugaise.

Un droit de passage n'est pas une construction abstraite. Il ne peut être défini d'une manière aussi instable et imprécise, et selon des modalités juridiques qui s'opposent les unes aux autres, tel que le fait le demandeur. Ce droit existe ou n'existe pas dans l'ordre juridique. Son existence ne peut être soumise à des fluctuations, à des nuances qu'imposeraient les circonstances. En particulier, la question qui découle du transit de troupes encadrées dans leur formation militaire est inséparable de l'immunité qui les accompagne sur ou à travers un territoire étranger. Elles représentent l'autorité même de l'État. Voilà pourquoi le droit international coutumier leur attribue l'immunité nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Cette immunité est, à mon avis, comme condition juridique nécessaire, irrenonçable. En synthèse, un droit subordonné chaque fois à l'appréciation de l'autorité du lieu de son exercice n'a de tel que le nom. Il ne constitue pas une faculté juridique sinon une tolérance du souverain territorial.

Dans l'ordre international, le moyen normal d'acquérir des droits ou de contracter des obligations est l'accord que l'on dénomme,

claims. It is mainly on the strength of this evidence that the applicant must establish the grounds for the right of passage it claims, since it cannot deny that in principle the passage of persons and goods through a State's territory lies within the domestic jurisdiction of that State.

\* \* \*

The Court must first of all, and indeed exclusively, ascertain whether a right of passage existed in Portugal's favour for communication between Daman and the enclaves and between the enclaves themselves. For, if it did, India would be failing to observe its international obligations by preventing Portugal from exercising that right. The existence of a right in international relations is a fact which, when contested, must be proved by the party which invokes it. That is an elementary principle of procedure.

However, the Court's task is not so simple as that, owing to the frequent changes made by the applicant in its submissions and to the uncertainty it has betrayed at different stages in the case concerning the foundation of its right. At one time, as in its Application, it asks for full recognition of a right, at another, in the Memorial, it reduces the claim, and again, in its Reply, limits the exercise of that right to regulation by the territorial sovereign and admits that the passage of armed forces could be temporarily suspended if it were liable to create disorder within the State passed through. And it is precisely in the event of a disturbance of the situation in the enclaves that the passage of troops is found necessary in order to restore Portugal's alleged sovereignty.

A right of passage is not an abstract construction. It cannot be defined in the varying, inexact and mutually contradictory terms employed by the applicant. The right either exists in law or it does not. Its existence cannot depend upon fluctuations and fine distinctions dictated by circumstances. In particular, the passage of organized military units is a question that cannot be separated from the immunity they enjoy on or in transit through foreign territory. They represent the authority of the State itself. It is for that reason that customary international law assigns to them the immunity necessary to the performance of their duties. In my opinion that immunity is a necessary legal condition and cannot be waived. In a word, a right that is on each occasion made conditional upon the judgment of the local authority in the place where it is exercised is a right in name only. It does not constitute a legal right; rather it is a faculty tolerated by the territorial sovereign.

In the international sphere the normal method of acquiring rights or of contracting obligations takes the form of an agreement, which

dans le sens le plus large, *traité*. Il se peut aussi que lesdits droits ou obligations soient la conséquence d'une coutume établie entre les parties avec la conviction qu'elles appliquent le droit. Et même — l'article 38 du Statut de la Cour l'admet aussi à son alinéa 1, lettre c) —, ces droits ou obligations peuvent découler d'un principe général de droit reconnu comme tel par les nations civilisées. De toute manière, quoique j'admette que ladite disposition établit un ordre légal de prélation dans l'application des sources du droit international, j'estime que la validité d'un principe général peut suppléer à l'existence d'une coutume internationale, et l'existence d'une telle coutume à celle d'un traité.

Le demandeur ne donne cependant pas une base fixe et concluante à son droit quand il l'appuie tantôt sur un traité, sur une coutume, sur un principe ou subsidiairement sur la doctrine. Chacune de ces sources est — dans sa thèse — par elle-même un fondement suffisant. Il fait aussi un mélange de ces sources quand il dit que le droit qu'il réclame repose à la fois sur les trois principales sources indiquées et il invoque même un titre historique que lui conférerait une pratique deux fois séculaire. La position ne saurait être plus éclectique.

De toute manière, le titre principal du Portugal est le traité dit *de Punem* conclu en 1779 avec le souverain mahratte, lequel aurait fourni au demandeur le droit de passage qu'il réclame. Son analyse en premier lieu est d'une importance capitale pour le juge international toutefois qu'elle démontrera ou non l'exactitude de la base de cette affaire. En effet, l'application de toute autre source que le traité lui-même est logiquement soumise à la question de savoir si le traité a opéré ou non un transfert de souveraineté en faveur du Portugal sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli. S'il n'en était pas ainsi, aucun droit de passage ne pourrait découler du fait d'une usurpation territoriale. A l'audience du 2 octobre dernier, le professeur Bourquin a reconnu expressément que le droit de passage réclamé par le Portugal n'est qu'un corollaire de sa souveraineté sur les enclaves.

Cette manière de procéder peut s'avérer utile, toutefois qu'elle évite de marcher sur un terrain glissant. Je considère comme tel celui qui a trait, en l'espèce, aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées et même à celui de la coutume générale envisagée comme octroyant *erga omnes* un droit de passage sur le territoire de tiers États reliant, dans l'ordre juridique international, les territoires enclavés à leur métropole. On écarte ainsi, en même temps, la considération d'une théorie aussi discutée et vulnérable que celle des soi-disant servitudes internationales. Quoique le demandeur la renie — c'est une question de terminologie juridique — il l'accepte implicitement quand il a recours aux principes généraux du droit pour appuyer ses prétentions.

in its widest sense is termed a *treaty*. These rights or obligations may also be the consequence of a custom that has become established between the parties from a conviction that they are applying the law. They may even follow, and Article 38 of the Court's Statute acknowledges this in its paragraph 1 (c), from a general principle of law recognized by civilized nations. In any case, although I agree that that Article establishes a legal order of precedence in the application of sources of international law, I consider that the validity of a general principle may take the place of international custom, and the existence of international custom the place of a treaty.

But the applicant fails to supply a firm and conclusive basis for its right when it relies at one time upon a treaty, at another on custom, on a principle or, alternatively, on legal doctrine. According to its argument, each of these sources is of itself a sufficient basis. It also confuses these sources when it says that the right it claims rests at the same time on the three main sources mentioned, and it even invokes an historical title said to be conferred upon it by the practice of two hundred years. Its attitude could not be more eclectic.

However, Portugal's principal title is the treaty known as the Treaty of *Punem*, concluded in 1779 with the Maratha ruler, who is said to have granted to the applicant the right of passage it is claiming. Analysis of this treaty is of the first importance to an international court if it can prove or disprove the soundness of this basis of the case. Indeed, the application of any other source than the treaty is logically conditional upon whether the treaty did or did not transfer to Portugal sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli. If it did not, no right of passage could derive from an act of territorial usurpation. At the hearing of 2 October, Professor Bourquin expressly acknowledged that the right of passage that Portugal claims is only a corollary of its sovereignty over the enclaves.

This method of procedure may be found useful whenever it can save the Court from treading upon uncertain ground. I consider to be uncertain ground the reference in this case to the general principles of law recognized by civilized nations and even the reference to general custom viewed as granting *erga omnes* a right of passage through territory of third States linking enclaved territories under the system of international law with the metropolitan country. This method also avoids consideration of a theory so controversial and vulnerable as the theory of so-called international servitudes. Although the applicant denies this—the question is one of legal terminology—it accepts it by implication when it appeals in support of its claim to the general principles of law.

\* \* \*

Selon le demandeur, l'article 17 du traité de Punem aurait établi la souveraineté portugaise sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et prouvé l'intention des Parties de créer un droit de passage entre Damao et lesdites enclaves. Un traité peut évidemment créer une norme juridique comme celle d'un droit de passage, même d'une manière implicite, mais c'est la proposition principale du transfert de souveraineté qui doit être démontrée en l'espèce. Car un droit de passage sur un territoire étranger pour communiquer avec une enclave ne peut se baser que sur la qualité de souverain territorial. Dans aucun des textes de ce traité qui ont été présentés à la Cour il n'est question de la création de ce droit. Leur terminologie est ambiguë et ouvre la porte à tous les doutes. Elle ne traduit nullement un acte si catégorique dans les rapports internationaux comme celui du transfert de la souveraineté territoriale. Les restrictions à la souveraineté des États ne se présument pas, a déclaré la Cour permanente dans l'affaire si connue du *Lotus* (voir *Arrêts*, etc., Série A, n° 10, p. 18).

On serait à même de se demander si ledit accord constitue réellement un traité puisqu'il n'existe aucun document homologué simultanément par les deux parties contractantes qui puisse être considéré comme son texte authentique. Mais une analyse toute superficielle qu'elle soit de la situation, démontre que l'échange de documents — mahratte du 4 mai 1779 et portugais du 17 décembre de la même année — constitue sans doute l'expression d'un accord consensuel créateur de droits et d'obligations réciproques entre deux sujets de droit reconnus comme tels dans les relations internationales. Son article 6 dit clairement qu'un traité bilatéral a été conclu et la preuve documentaire fournie démontre aussi, à maintes occasions, que l'intention des parties a été celle de conclure un traité et qu'elles ont eu conscience de l'avoir fait ainsi. La forme juridique a été celle de l'échange de notes. De son côté, la jurisprudence de la Cour permanente l'a compris de cette manière dans son avis consultatif sur *le régime douanier austro-allemand* (v. *Arrêts*, etc., Série A/B, n° 41, p. 47).

Que dit cet accord? Je prendrai comme base le texte de la traduction mahratte de la version originale portugaise présenté dans l'espèce par le défendeur, lequel porte la signature du vice-roi portugais José Pedro da Camara et figure à l'annexe F, n° 23. Dans son article 17, qui est déterminant dans l'espèce, « l'État Firangee (État portugais de l'Inde) entretient des sentiments d'amitié envers le Pandit Pradhan (souverain mahratte); l'envoyé a transmis ces assurances. En conséquence, il est convenu que le Pandit Pradhan affectera à Damao, à partir de l'année courante, un *jagir* d'un revenu de 12 000 roupies à Prant Damao. En conséquence, un *sanad* énumérant les villages sera octroyé à l'État Firangee par accord séparé. » Ce texte est clair; si clair qu'il fait pleine lumière

\* \* \*

According to the applicant, Article 17 of the Treaty of Punem established Portugal's sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli and proved the intention of the Parties to create a right of passage between Daman and those enclaves. A treaty can, of course, create a rule of law, such as a right of passage, even by implication, but in this case the main proposition to be proved is the transfer of sovereignty. A right of passage through foreign territory in order to communicate with an enclave can be based only upon the title of territorial sovereign. In neither text of the treaty presented to the Court is there any question of that right having been created. Their terminology is ambiguous and leaves room for doubt of all kinds. But neither of them reveals any act of such positive effect in international relations as the transfer of territorial sovereignty. Restrictions upon the independence of States cannot be presumed, said the Permanent Court in the celebrated *Lotus* case (see *Judgments*, Series A, No. 10, p. 18).

It might even be asked whether the said agreement really constitutes a treaty, since there is no document in existence ratified simultaneously by the two contracting parties and which may be regarded as its authentic text. However, even a cursory study of the situation shows that the exchange of documents—the Marathi text of 4 May 1779 and the Portuguese text of 17 December of the same year—was no doubt the expression of a common agreement creating mutual rights and obligations between two legal persons recognized as such in their international relationships. Article 6 makes it clear that a bilateral treaty was concluded and the documentary evidence produced also shows by many instances that it was the intention of the parties to conclude a treaty and that they were aware of having done so. It took the legal form of an exchange of notes and the jurisprudence of the Permanent Court accepted this form as valid in its Advisory Opinion on the *Austro-German Customs Régime* (see *Judgments*, Series A/B, No. 41, p. 47).

What does this agreement say? I will take my stand on the Marathi translation from the original Portuguese, submitted in this case by the respondent; it bears the signature of the Portuguese Viceroy, José Pedro da Camara, and is to be found at Annex F. No. 23. Article 17, which is the decisive one, says: "The Firangee State (Portuguese State of India) entertains friendly sentiments towards the Pandit Pradhan (the Maratha ruler); 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." This text is clear, so clear as fully to explain



sur deux points importants discutés par les Parties: la nature de l'acte conclu et celle de la concession octroyée. En premier lieu, les termes « il est convenu » et « accord séparé » démontrent sans aucun doute qu'il s'agit d'un traité dans le sens large que donnent à ce mot la jurisprudence et la doctrine internationales. En deuxième lieu, le mot « *jagir* » qualifie son objet qui est déterminé par les sentiments d'amitié que portent les Portugais à l'égard des Mahrattes. De toute façon, comparé un texte à un autre, ils ne divergent pas grandement au sujet de ce qui a été donné par les Mahrattes aux Portugais: *jagir* selon ceux-là, *contribucao* d'accord avec ceux-ci. Nulle trace, dans aucun des deux textes, d'un transfert de souveraineté.

Il a été prouvé que le mot mongol *jagir*, qui a son équivalent mahratte dans celui de *saranjam*, signifie l'octroi d'un revenu fiscal et non pas un transfert de souveraineté territoriale. Les Parties ne sont cependant pas d'accord au sujet de la portée de cette concession. Car, tandis que l'Inde soutient qu'elle est un acte gracieux et précaire, révocable au gré du donateur, le Portugal affirme qu'il y avait aussi des *saranjams* héréditaires, perpétuels et irrévocables, tels que ceux qui étaient garantis par un traité, cas qui serait celui de l'espèce. Il n'appartient pas au juge international de prendre position dans un tel débat qui n'a qu'un intérêt historique. Mais il lui sied en tout cas de remarquer qu'aucun des qualificatifs invoqués par le Portugal ne figure dans le texte dudit article 17 du traité de Punem. Dans le doute, il doit s'en tenir à l'interprétation la plus restrictive. La Cour permanente l'a établi ainsi dans son arrêt sur les *concessions Mavrommatis* (v. *Arrêts*, etc., Série A, n° 2, p. 19). Et cette interprétation découle, en l'espèce, de celle que donne le propre bénéficiaire de la concession. Le traité de Punem exprime par conséquent de la part de l'Inde une promesse de donner des sommes d'argent en fonction d'une situation amicale et non pas une transférence de souveraineté sur des villages qui n'étaient pas même identifiés.

Aucune référence non plus n'est faite au sujet de l'attribution d'un droit de passage en faveur du Portugal pour percevoir son *jagir*. Il n'a pas paru utile aux parties d'en parler vu les sentiments amicaux, l'aide et l'assistance militaire des Portugais qui constituaient la contre-partie de la concession octroyée par les Mahrattes. On ne pouvait supposer que la perception du *jagir* fût entravée par le souverain mahratte. En outre, les villages qui devaient servir l'annualité prévue en faveur du Portugal n'étaient pas mentionnés dans le traité; ils devaient l'être postérieurement en vertu d'un *sanad*. Cet acte administratif du souverain mahratte pouvait en décider et régler les conditions de l'attribution. Les premières annualités ne furent pas perçues par les Portugais sur aucun village, sinon qu'elles furent versées directement par les Mahrattes. On ne peut concevoir, par conséquent, que ledit droit de passage eût été envisagé par le traité de Punem. C'était une question à résoudre

two important points discussed by the Parties: the nature of the instrument concluded and that of the concession granted. Firstly, the expressions "it is agreed" and "separate agreement" show beyond doubt that the instrument is a treaty in the wide sense given to this word by international jurisprudence and doctrine. Secondly, the word "*jagir*" describes its purpose, which is determined by the friendly sentiments of the Portuguese towards the Marathas. In any event, comparing one text with the other, they do not differ much as to what was given by the Marathas to the Portuguese: according to the former, a *jagir*, according to the latter, a *contribucao*. In neither text is there any vestige of a transfer of sovereignty.

It has been established that the Mogul word *jagir*, corresponding to the Marathi term *saranjam*, means the granting of a fiscal revenue and not a transfer of territorial sovereignty. The Parties, however, are not agreed upon the import of that concession. India maintains that it is a favour granted for an uncertain tenure and revocable at the will of the donor; Portugal declares that there were also *saranjams* that were hereditary, perpetual and irrevocable, such as those guaranteed by a treaty, and that this is one of them. It is not for the Court to adopt a position towards a dispute of purely historical interest. But it may well observe that none of the characteristics invoked by Portugal appears in the text of Article 17 of the Treaty of Punem. Where there is doubt, the Court must stand by the narrower interpretation. This the Permanent Court laid down in its Judgment on the *Mavrommatis Concessions* (see *Judgments*, Series A, No. 2, p. 19). And that interpretation in the present instance is the one given by the beneficiary of the concession. Accordingly, the Treaty of Punem expresses a promise by India to give sums of money as a token of friendship and not a transfer of sovereignty over villages which were not even named.

Nor is there any reference to the assignment to Portugal of a right of passage in order to collect its *jagir*. The Parties saw no need to mention this in view of the friendly sentiments, the aid and military assistance of the Portuguese, all of which formed the consideration for the concession granted by the Marathas. It could not be supposed that the collection of *jagir* would be obstructed by the Maratha ruler. Further, the villages which were to furnish the annual revenue to Portugal were not mentioned in the treaty; they were to be listed later in a *sanad*. That administrative act of the Maratha sovereign was free to decide and regulate the terms of the grant. The first annual payments were not collected by the Portuguese from any village, being paid directly by the Marathas. It cannot therefore be imagined that the said right of passage was contemplated by the Treaty of Punem. In any case it was a question to be settled later, should it be necessary. And it was not so settled,

en tout cas postérieurement si elle s'avérait nécessaire. Et elle ne l'était pas puisque le passage existait comme un complément nécessaire de la perception du *jagir* sans qu'il constituât pour cela un droit indépendant en faveur du Portugal. Mais en 1954, cette situation avait changé. De l'amitié promise en 1779 par les Portugais aux Mahrattes, on était passé à un régime d'hostilités froides entre l'Inde et le Portugal. Les Indiens avaient fermé leur légation à Lisbonne en vue de la négative portugaise à entamer des négociations pour le retrait de sa souveraineté sur certains territoires de l'Inde. Par suite des circonstances, les droits et obligations réciproques découlant du traité de Punem s'étaient éteints. Jamais, dans un cas comme celui-ci, la règle rappelée par Emerich de Vattel dans son bien connu traité, *Omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*, ne pourrait être mieux appliquée. Le traité de Punem a cessé d'exister, le versement de *jagir* n'a plus été réclamé par le Portugal, le passage entre Damao, Dadra et Nagar-Aveli a perdu sa raison d'être.

Deux accords conclus beaucoup plus tard que le traité de Punem par les Portugais avec les Mahrattes, le 29 mai 1783 et le 22 juillet 1785, complétèrent le régime établi par le traité de Punem. En vertu du premier, c'est la *Pragana* de Nagar-Aveli qui est affectée au revenu fiscal promis. Par le deuxième, c'est le village de Dadra qui est affecté au même revenu. Ce dernier accord établit dans l'article 11 des capitulations qui l'accompagnèrent — dont l'authenticité est mise en doute par l'Inde — l'obligation du Portugal d'étouffer les révoltes qui pourraient éclater dans la *Pragana*. L'on peut en déduire que cette obligation, ni aucune autre de son genre, n'aurait pas été spécialement insérée dans lesdites capitulations si le Portugal avait reçu la *Pragana* en pleine souveraineté. Étouffer des révoltes dans son propre territoire est, en effet, une fonction implicite de la compétence territoriale.

Il a été d'autre part prétendu par le demandeur que, même si le traité de Punem n'avait pas transmis aux Portugais la souveraineté sur les enclaves, ceux-ci l'auraient obtenue en vertu d'un *possessio longi temporis*. Je ne puis retenir cet argument car cette question n'a pas été posée comme faisant partie de l'objet du différend.

\* \* \*

Les données historiques de cette affaire révèlent que la possession entière de Damao est au pouvoir du Portugal depuis le XVI<sup>me</sup> siècle. Divers traités et accords postérieurs paraissent lui avoir reconnu cette souveraineté qui n'est pas directement en question dans l'espèce. Mais le fait est important pour apprécier l'étendue de la coutume internationale qui aurait créé le droit de passage qu'il réclame entre cette possession et les enclaves de Dadra et Nagar-Aveli. La pratique de cette coutume s'avérerait deux fois séculaire.

since passage continued to exist as a necessary corollary to the collection of *jagir* and did not thereby constitute a separate right in Portugal's favour. By 1954, however, the position had changed. The friendship promised by the Portuguese to the Marathas in 1779 had given way to a cold war between India and Portugal. The Indians had closed their Legation in Lisbon because of Portugal's refusal to negotiate the surrender of its sovereignty over parts of India. As the result of circumstances the mutual rights and obligations under the Treaty of Punem were extinguished. There could not be a better application than this of the rule recalled by Emerich de Vattel in his well-known treatise: *Omnis conventio intelligitur rebus sic stantibus*. The Treaty of Punem was no more; Portugal no longer claimed the payment of *jagir*; passage between Daman, Dadra and Nagar-Aveli had no further *raison d'être*.

The system established by the Treaty of Punem was completed by two later agreements between the Portuguese and the Marathas concluded on 29 May 1783 and 22 July 1785. Under the former the promised fiscal revenue was to be collected from the *pargana* of Nagar-Aveli, under the latter, from the village of Dadra. This second agreement established in No. 11 of its accompanying capitulations—their authenticity is questioned by India—an obligation upon Portugal to suppress any revolt that might break out in the *pargana*. From this it may be inferred that neither that obligation nor any similar one would have been specially inserted in those capitulations if Portugal had received the *pargana* with full sovereignty. The suppression of revolt in one's own territory is a function implicit in territorial jurisdiction.

It was further claimed by the applicant that, even if the Treaty of Punem did not transfer to the Portuguese sovereignty over the enclaves, they had acquired it by *possessio longi temporis*. I cannot consider that argument, the question not having been included in the subject of the dispute.

\* \* \*

The history of this case shows that Daman has been in full Portuguese possession since the sixteenth century. Various later treaties and agreements seem to have recognized this sovereignty, which is not a direct issue in the case. The fact, however, is important in estimating the extent of the international custom which is supposed to have created the right of passage between Daman and the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli. This custom is claimed to have existed for two hundred years.

Trois périodes se détachent dans le cadre historique des rapports du Portugal avec l'Inde pour examiner les caractéristiques du transit entre Damao et les enclaves. La première est la période mahratte, qui s'étend de 1779 (date de la conclusion du traité de Punem) à 1818, quand la Grande-Bretagne annexa l'empire mahratte. Cette période — selon le demandeur — est celle de formation de la règle juridique coutumière. La deuxième période, qui est la plus longue de toutes, va de 1818 à 1947, moment où l'Inde acquiert son indépendance. Cette période, qui est la période britannique, serait une période de confirmation par les successeurs des Mahrattes de la règle formée antérieurement. La troisième période est celle de l'Inde indépendante, qui comprend de 1947 à 1954, année celle-ci dans laquelle sont intervenus les événements qui discontinuèrent le transit des Portugais entre Damao et les enclaves. Cette dernière période serait celle d'application de ladite règle. Chacune de ces étapes historiques révèle en effet un caractère différent quant à l'exercice dudit transit, lequel doit être analysé d'une manière séparée pour en tirer les conséquences nécessaires.

L'étude de la période mahratte n'est pas très significative quant à la reconnaissance d'un droit de passage en faveur des Portugais. Il n'y a dans cette période aucun acte, aucun fait qui puisse faire penser ainsi. Les Mahrattes ne s'opposèrent pas au transit des fonctionnaires, des individus et des marchandises du Portugal. Une attitude contraire aurait été anormale puisqu'ils lui avaient cédé les revenus des villages de Dadra et de Nagar-Aveli et il fallait bien qu'ils donnassent aux Portugais les moyens de les percevoir. En échange, ils ne leur donnèrent aucune autorisation pour le passage de troupes. Il ne semble par conséquent pas que les Mahrattes eussent abandonné leur souveraineté *de jure* ni *de facto* sur les enclaves malgré qu'ils délivraient chaque fois les autorisations nécessaires pour que ce transit puisse s'exercer. Même, à trois reprises, des saisies faites par les Mahrattes sur lesdits revenus semblent démontrer qu'ils n'avaient pas entendu procéder de la sorte. En synthèse, l'examen de cette période révèle que, chaque fois que le transit se réalisa, ce fut avec la conformité des souverains mahrattes. Il n'a été fourni aucune preuve par le demandeur que son prétendu droit de passage s'exerçât indépendamment de la volonté exprimée en chaque circonstance par le souverain territorial.

Pendant la période britannique surgit, par tolérance envers un pays lié par une alliance séculaire ou par ignorance de la véritable situation juridique du Portugal, un usage assez continu du transit entre Damao et les enclaves. Cependant, aucun indice ne peut être rapporté dans le sens que la Grande-Bretagne ait reconnu le passage qu'elle facilitait au Portugal comme s'il s'agissait d'un droit. Les Britanniques ne paraissent pas avoir renoncé, pas plus que les Mahrattes, à l'exercice des compétences qui incombent au souverain territorial. Damao et les possessions côtières étaient entourées par un cordon frontalier. Le Gouvernement britannique exigeait des

For the purpose of examining the characteristics of passage between Daman and the enclaves, the story of Portugal's relations with India may be divided into three periods. The first is the Maratha period, extending from 1779 (the date of the Treaty of Punem) until 1818, when Great Britain annexed the Maratha Empire. This period, according to the applicant, is that in which the rule of custom took shape. The second and longest of the three periods is from 1818-1947, at which last date India gained its independence. This, the British period, is supposed to be the period during which the rule was confirmed by the successors to the Marathas. The third period is the period of Indian independence, from 1947 to 1954, this last year being the year in which occurred the events that terminated Portuguese passage between Daman and the enclaves. It is in this last period that the rule is said to have been applied. Each of these historical stages really reveals the exercise of passage in a different light, and it must be analysed separately in order that the necessary conclusions may be drawn.

Study of the Maratha period does not tell us very much about the recognition of a right of passage in favour of the Portuguese. No documents and no facts support the theory during this period. The Marathas did not oppose the passage of Portuguese officials, private persons or goods. To have done so would have been abnormal since they had surrendered to Portugal the revenues of the villages of Dadra and Nagar-Aveli and they were bound to provide the Portuguese with the means of collecting them. On the other hand, they granted them no authorization for the passage of troops. It therefore does not appear that the Marathas had abandoned their *de facto* and *de jure* sovereignty over the enclaves despite the fact that they issued the necessary permits for every such passage. On three occasions the Marathas even confiscated the said revenues, which seems to show that they had no intention of surrendering sovereignty. In a word, an examination of this period shows that passage always took place with the agreement of the Maratha sovereigns. The applicant furnished no evidence that its alleged right of passage was exercised independently of the express will of the territorial sovereign in every case.

During the British period passage between Daman and the enclaves became a more or less regular usage, either out of consideration for a country bound to Britain by an ancient alliance or from ignorance of what was Portugal's real position in law. At the same time there is no indication that Great Britain recognized the passage it granted to Portugal as though it were a right. The British do not seem to have renounced exercise of the powers of the territorial sovereign any more than the Marathas did. Daman and the coastal possessions were surrounded by a frontier cordon. The British Government required that Portuguese officials of European origin

passesports et des visas pour les fonctionnaires portugais d'origine européenne qui traversaient le territoire indien d'une possession portugaise à une autre. Rappelons qu'en vertu du traité conclu le 13 juin 1817 entre la Compagnie anglaise des Indes orientales et l'empire mahratte, la souveraineté sur cette partie du territoire indien passa à la Couronne britannique. Cette situation se maintint jusqu'au 15 août 1947 quand fut reconnue par la Grande-Bretagne l'indépendance de l'Inde. Les obligations du souverain territorial passèrent au conquérant en application des règles qui visent la succession des États. Aucun acte juridique du Gouvernement britannique n'a modifié le *status juris* établi par les souverains mahratte au sujet des soi-disant enclaves. Ni le Portugal ne pouvait réclamer plus de droits qu'il n'avait auparavant, ni la Grande-Bretagne se les attribua. Dans de telles conditions, aucun usage en matière de transit durant cette période ne put se transformer en une pratique susceptible d'engendrer une coutume internationale opposable à n'importe quel successeur territorial.

Une fois devenue indépendante, l'Inde ne changea pas fondamentalement le système établi. N'oublions pas que l'Inde, comme successeur territorial, ne l'était nullement d'une manière originaire puisqu'il s'agissait d'un État qui recouvrait une indépendance qu'il avait jadis eue. Sa situation juridique remontait d'un coup plus d'un siècle dans l'histoire comme si rien, pendant l'occupation britannique, ne s'était passé. Dadra et Nagar-Aveli apparaissent comme des enclaves ouvertes en territoire indien. L'importation de marchandises de Damao aux enclaves se réalisait comme si elle le fut dans ce territoire. Aucune difficulté insurmontable ne s'éleva jusqu'au 27 février 1950, date à laquelle le ministre indien à Lisbonne remit au Gouvernement portugais un aide-mémoire proposant l'ouverture de négociations pour fixer les conditions de la remise des territoires portugais à l'Inde. Face à la négative du Portugal, le Gouvernement indien communiqua le 26 mai 1953, à celui de ce pays, la fin de sa mission diplomatique au Portugal. Dès lors commença de la part du Gouvernement indien une série de restrictions qui entrava considérablement les communications entre Damao et les enclaves. Celles-ci furent interrompues définitivement le 21 juillet 1954 comme conséquence des événements qui eurent lieu dans les enclaves.

\* \* \*

Appuyer sans une preuve catégorique et concluante la demande du Portugal en l'espèce, qui implique la survivance du système colonial, c'est marcher à rebours dans le cadre de la Charte des Nations Unies.

Juge de sa loi — la Charte des Nations Unies — et juge de son temps, celui de l'indépendance de tous les peuples de la terre, la Cour internationale de Justice ne peut pas tourner le dos à la réalité

passing through Indian territory from one Portuguese possession to another should carry passports and visas. It must be remembered that, under the treaty concluded on 13 June 1817 between the British East India Company and the Maratha Empire, sovereignty over this part of Indian territory passed to the British Crown, and that situation continued until 15 August 1947 when Great Britain recognized the independence of India. The obligations of the territorial sovereign passed to the conqueror in application of the rules governing succession by States. No legal act by the British Government altered the *status juris* established by the Maratha rulers with regard to the so-called enclaves. Portugal could not claim any more rights than it had previously possessed, nor could Great Britain arrogate such to itself. In those circumstances no usage in the matter of passage during this period could be transformed into such a practice as to create an international custom invocable against any territorial successor.

When it became independent, India made no fundamental change in the established system. We must not forget that India, as the territorial successor, was not acquiring the territory for the first time, but was recovering an independence lost long since. Its legal position at once reverted to what it had been more than a hundred years before, as though the British occupation had made no difference. Dadra and Nagar-Aveli figure as open enclaves within Indian territory. Goods were imported from Daman to the enclaves as though they belonged to that territory. No insuperable difficulty arose until 27 February 1950, when the Indian Minister in Lisbon handed to the Portuguese Government an aide-memoire proposing that negotiations should be started to fix the conditions for the handing over of the Portuguese territories in India. After Portugal refused, the Indian Government on 26 May 1953 notified the Portuguese Government of the termination of its diplomatic mission to Portugal. From that moment the Government of India began to impose a number of restrictions which seriously hampered communications between Daman and the enclaves. Those communications were finally cut on 21 July 1954 in consequence of what happened in the enclaves.

\* \* \*

To support the Portuguese claim in this case, which implies survival of the colonial system, without categorical and conclusive proof is to fly in the face of the United Nations Charter.

As judge of its own law—the United Nations Charter—and judge of its own age—the age of national independence—the International Court of Justice cannot turn its back upon the world as it is.



du monde. « Le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques » a dit la Cour permanente d'arbitrage dans sa sentence sur les indemnisations à des particuliers russes (11 XI 1912). Voilà pourquoi cette Charte a mis en œuvre un dispositif juridique qui vise l'indépendance des territoires non autonomes.

Ma conclusion est que — tel que le demande le Gouvernement de l'Inde — il n'a jamais existé un droit de passage en faveur du Portugal entre sa possession côtière de Damao et les enclaves de Dadra et Nagar-Aveli, ni entre celles-ci. Le Gouvernement du Portugal aurait dû être, en mon opinion, débouté de son action.

(Signé) Lucio M. MORENO QUINTANA.

“International law must adapt itself to political necessities”, said the Permanent Court of Arbitration in its award on indemnities to Russian individuals (11 XI 1912). That is the reason why the Charter made legal provision to cover the independence of non-self-governing territories.

My conclusion is that, as the Government of India submits, there has never existed a Portuguese right of passage between its coastal possession of Daman and the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli nor between those enclaves. In my opinion the claim of the Portuguese Government should have been dismissed.

*(Signed)* Lucio M. MORENO QUINTANA.