

DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR PERCY SPENDER

I greatly regret that I cannot agree with the Judgment of the Court on certain important issues, though I do agree with certain of its conclusions.

As to the Fifth and Sixth Preliminary Objections of the Republic of India to the jurisdiction of the Court, I agree that these cannot be sustained.

On the merits I agree: that Portugal in 1954 had acquired by local custom a right of passage to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves, subject however to the regulation and control of India, which right extended at least to the passage of private persons, Portuguese civil officials and goods in general.

I am unable, however, to agree that no right of passage had been acquired by it in respect of armed forces or armed police or arms and ammunition, or that India did not act contrary to its obligation resulting from the right of passage which the Court has found to have been acquired by Portugal. I shall state my reasons.

* * *

I do not think it necessary to determine whether, under the Treaty of Punem and the *Sanads* of 1783 and 1785, sovereignty over the enclaves became vested in Portugal. Whatever was the precise nature of the grant made thereunder, even if it were one in *jagir* or *saranjam*, merely fiscal in character and unilaterally revocable at any time in the absolute discretion of the Marathas, the grant whilst it endured necessarily implied some right of passage in Portugal between Daman and the villages of Dadra and Nagar-Aveli, and the record establishes that during the Maratha period it did imply a right of passage which, for all practical purposes, was under the circumstances then existent, in substance the same as would have resulted had the grant been one of sovereignty over these villages.

The grant was made for the purpose of supporting the Portuguese fortress of Daman. The authority of the Portuguese within the villages included the collection of taxes, the maintenance of order, the punishment of offenders and the power to quell rebellion (see Capitulations of 1785, paras. 3, 4, 7 and 11, Annex 8 to Portuguese Memorial; see also Indian Annex F. No. 40 at p. 181). In point of fact, the Portuguese during the Maratha period exercised passage between Daman and the villages not only for administrative per-

OPINION DISSIDENTE DE SIR PERCY SPENDER

[Traduction]

Je regrette de ne pouvoir me rallier à l'arrêt de la Cour sur certains points importants, tout en étant d'accord avec certaines de ses conclusions.

Au sujet de la cinquième et sixième exceptions préliminaires présentées par la République de l'Inde à l'égard de la compétence de la Cour, je conviens qu'elles ne peuvent être retenues.

Sur le fond, j'admets que le Portugal possédait en 1954 un droit de passage découlant de la coutume locale, dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et sous le contrôle et la réglementation de l'Inde, pour ce qui concerne à tout le moins le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils portugais et des marchandises en général.

Je ne saurais cependant admettre que le Portugal n'eût acquis aucun droit de passage touchant les forces armées, la police armée et les armes et munitions, ni que l'Inde n'ait pas agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit de passage que la Cour a reconnu au Portugal. J'en exposerai les raisons.

* * *

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de déterminer si, aux termes du traité de Poona et des *sanads* de 1783 et 1785 le Portugal jouissait d'une souveraineté sur les enclaves. Quelle qu'ait été la nature de la concession établie par ces documents, même s'il ne s'agissait que d'un *jagir* ou d'un *saranjam* ne présentant qu'un caractère fiscal et révocable à tout moment et unilatéralement à la discrétion absolue des Mahrattes, cette concession, pendant toute sa durée, impliquait nécessairement un droit de passage en faveur du Portugal entre Damao et les villages de Dadra et de Nagar-Aveli, et le dossier prouve qu'au cours de la période mahratte cette concession entraînait un droit de passage qui, en pratique et dans les circonstances de l'époque, était en substance le même que celui qui aurait découlé d'une concession de souveraineté sur ces villages.

La concession a été faite pour l'entretien de la forteresse portugaise de Damao. La souveraineté du Gouvernement portugais sur ces villages comprenait la perception des impôts, le maintien de l'ordre, le châtement des coupables et le droit de réprimer toute rébellion (voir Capitulations de 1785, par. 3, 4, 7 et 11, annexe 8 au mémoire portugais; voir aussi l'annexe indienne F. n° 40, p. 181). En fait, pendant la période mahratte le Portugal a exercé entre Damao et les villages un passage applicable non seulement au person-

sonnel, but also for armed troops and armed police, to an extent sufficient to enable them to exercise their authority over them.

This authority remained somewhat precarious until about 1814. From then onwards, however, it appears to have been reasonably entrenched.

The record further establishes that the passage between Daman and the villages which in fact took place, was effected in exercise of a right acknowledged by the Marathas. Taxes were levied in kind. Timber, rice and other products were transported to Daman; herds of cattle were driven in the same direction. Stall-holders in the villages brought supplies from Daman. It was necessary for Portuguese officials frequently to pass from Daman to the villages and vice versa; in fact they did so pass and passed freely. When occasion demanded, military officers, men and equipment were sent to them from Daman for the purpose of preserving order.

The Maratha period was in 1818 followed by that of the British.

It has been contended that the British, from the commencement of their rule, refused to be bound by any rights granted to the Portuguese by the Marathas under the Punem Treaty and the *Sanads* of 1783 and 1785. In my view, the record fails to support this contention. It is true that the British did refuse to acknowledge or be bound by certain exemptions from customs and other taxes on "all articles and timber" which might be exported from Nagar-Aveli to Daman, which exemptions the Portuguese claimed had been granted to them as the result of the Treaty, but the record does not support the view that the British refused to accept the Treaty and the *Sanads*.

At the very commencement of the British rule the Portuguese claimed that sovereignty over the villages had been ceded to them by the Marathas. It is improbable that the British would not have made any enquiries of their own in relation not only as to the Treaty and the *Sanads*, but also as to the practice as to passage between Daman and the villages which had existed under the Marathas. The Maratha records relating to the area in which the villages lie, for ten years up to 1818, running into some hundreds of bundles, were despatched from Poona to the British in Bombay on 6 December 1818. There is specific evidence that the British did make some enquiries both in 1819 and 1859. It is in any event beyond dispute that, from the commencement of and throughout British rule, whatever the premises on which their conduct was based, the British treated the Portuguese as sovereign over the villages (hereafter called "the enclaves"). It is a proper inference from the record that the British were aware of the practice as to passage which was in existence in 1818 and were aware that the Portuguese were exercising that passage under a claim of right.

nel administratif, mais encore aux forces armées et à la police armée dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur ces villages.

Cette souveraineté est demeurée assez précaire jusqu'aux environs de 1814. Il semble toutefois que depuis cette époque elle ait été assez solidement établie.

Le dossier établit en outre que le passage exercé en fait entre Damao et les villages découlait effectivement d'un droit reconnu par les Mahrattes. Les impôts étaient perçus en nature. Le bois, le riz et autres produits étaient envoyés à Damao; le bétail prenait la même direction. Les marchands des villages se fournissaient à Damao. Il était indispensable que les fonctionnaires portugais se rendent fréquemment de Damao dans les villages et vice versa; en fait, c'est ce qu'ils faisaient, et ils le faisaient librement. Lorsque les circonstances l'exigeaient, des officiers, des hommes de troupe et du matériel étaient envoyés de Damao dans les villages en vue du maintien de l'ordre.

La période mahratte a pris fin en 1818 et a été suivie par la période britannique.

On a soutenu que, dès le début de leur souveraineté, les autorités britanniques ont refusé de se reconnaître liées par tous droits accordés au Portugal par les Mahrattes en vertu du traité de Poona et des *sanads* de 1783 et de 1785. J'estime que les écritures ne corroborent pas cette affirmation. Il est vrai que les autorités britanniques ont refusé de reconnaître certaines exemptions portant sur les droits de douane et autres taxes affectant « tous articles et bois » pouvant être exportés de Nagar-Aveli à Damao, ou d'être liées par ces exemptions que les Portugais affirmaient leur avoir été accordées par le traité, mais rien dans le dossier ne confirme que les autorités britanniques aient refusé d'accepter le traité et les *sanads*.

Dès l'établissement de l'autorité britannique, les Portugais ont soutenu qu'une souveraineté sur les villages leur avait été concédée par les Mahrattes. Il est peu probable que les autorités britanniques ne se soient pas renseignées pour leur propre compte, non seulement sur le traité et les *sanads*, mais encore sur la pratique suivie sous les Mahrattes en matière de transit entre Damao et les villages. Les documents mahrattes relatifs à la région où ces villages sont situés et portant sur les dix années qui ont précédé 1818, représentant plusieurs centaines de liasses, furent expédiés de Poona aux autorités britanniques à Bombay le 6 décembre 1818. Des preuves précises témoignent que les Britanniques ont fait certaines recherches à ce sujet tant en 1819 qu'en 1859. Il est hors de doute en tout cas que dès le début de la période britannique et pendant toute cette période, quelles qu'aient été les prémisses sur lesquelles se fondait leur conduite, les autorités britanniques ont considéré les autorités portugaises comme souveraines sur les villages (appelés ci-après « les enclaves »). Le dossier permet de conclure que les Britanniques connaissaient l'existence de la pratique suivie en

* * *

In order to determine whether Portugal acquired by custom any right of passage and, if so, the nature and extent of the same, it is necessary to examine the practice which was from time to time followed.

The proper way of measuring the nature and extent of any such custom, if established, is to have regard to the practice which itself both defines and limits it. The first element in a custom is a constant and uniform practice which must be determined before a custom can be defined.

The record in my opinion establishes:

1. For the first two or three decades after 1818 there was no essential change in the practice in relation to passage which had been followed during the Maratha period.

2. The British—as subsequently did the Republic of India—recognized Portuguese sovereignty over the enclaves.

This is established beyond all reasonable controversy. The conduct of the British and India is wholly inconsistent with any other conclusion. The record is heavy with instances of this recognition. [During the British period: Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annexes at pages 158, 164, 166, 167, 169-173, 174, 225, 251, 266, 565, 584; Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at pages 226, 233, 235, 249. During the Indian period: Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annexes at pages 398, 401, 402, 407; Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at pages 250-252, 253, 267-268.] The notes from India to Portugal of 1950 and 1953, seeking the transfer by Portugal to India of all the former's possessions in India, in themselves provide powerful evidence of India's recognition.

During the oral hearing, on 12 October, Counsel for India admitted the existence of Portuguese sovereignty. At a later date, on 29 October, when Counsel for Portugal put the following question "Does India admit that Portuguese sovereignty still subsists", it was not disputed by India that Portugal still had sovereignty over the enclaves.

As between the Parties to and for the purposes of this dispute, Portugal's sovereignty is not open to question.

This recognition of sovereignty in Portugal, both by the British and India, is in my view the central fact in this dispute.

1818 en matière de passage et n'ignoraient pas que les Portugais exerçaient ce passage en le revendiquant comme un droit.

* * *

Pour déterminer si le Portugal a acquis par la coutume un droit de passage et, dans l'affirmative, pour définir la nature et la portée de ce droit, il est nécessaire d'examiner la pratique suivie d'une période à l'autre.

La méthode à suivre pour mesurer la nature et la portée d'une telle coutume, si elle est démontrée, est de considérer la pratique qui elle-même, tout ensemble, la définit et la limite. Le premier élément d'une coutume est l'existence d'une pratique constante et uniforme qui doit être établie avant qu'on puisse définir une coutume.

A mon avis, le dossier établit les points suivants :

1. Après 1818, au cours des deux ou trois premières décennies qui ont suivi, la pratique adoptée en matière de passage au cours de la période mahratte n'a pas subi de modification d'un caractère essentiel.

2. Les Britanniques — et ultérieurement la République de l'Inde — ont reconnu la souveraineté du Portugal sur les enclaves.

Ce fait est établi sans conteste possible. L'attitude des Britanniques et de l'Inde ne permet logiquement aucune autre conclusion. Le dossier abonde en exemples prouvant la reconnaissance de la souveraineté du Portugal. [Pour la période britannique: contre-mémoire, vol. II, annexes du Gouvernement de l'Inde, pp. 158, 164, 166, 167, 169-173, 174, 225, 251, 266, 565, 584; duplicque du Gouvernement de l'Inde, vol. II, annexes, pp. 226, 233, 235, 249. Pour la période indienne: contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde, annexes, pp. 398, 401, 402, 407; duplicque du Gouvernement de l'Inde, vol. II, annexes, pp. 250-252, 253, 267-268.] Les notes adressées par l'Inde au Portugal en 1950 et 1953 visant le transfert par le Portugal à l'Inde de toutes les possessions de celui-ci en Inde, constituent en elles-mêmes un puissant témoignage de la reconnaissance par l'Inde de la souveraineté du Portugal.

Au cours de l'audience du 12 octobre, le conseil du Gouvernement de l'Inde a admis l'existence de la souveraineté du Portugal. A une date ultérieure, le 29 octobre, lorsque le conseil du Gouvernement du Portugal a posé la question suivante: « Est-ce que l'Inde admet que la souveraineté portugaise subsiste », l'Inde n'a pas contesté que le Portugal possédait encore la souveraineté sur les enclaves.

Entre les Parties au présent différend et aux fins de l'espèce, la souveraineté du Portugal n'est pas mise en doute.

Cette reconnaissance de la souveraineté du Portugal, à la fois par les Britanniques et par l'Inde, constitue à mon avis le fait central du présent différend.

3. Despite the closest regulation and control from time to time of many aspects of passage, the constant and uniform practice of the British was to allow passage in respect of all six categories mentioned in the Judgment of the Court to an extent which was at least sufficient to enable Portugal continuously to administer the enclaves.

The Court holds, and I agree, that the practice followed during the British period and continued during that of India, resulted in Portugal acquiring by local custom a right of passage in respect of private persons, civil officials and goods. It is my opinion, however, that the practice resulted in a custom by virtue of which Portugal acquired a right of passage not only in respect of these categories, but also in respect of armed forces, armed police, and arms and ammunition.

These three categories require separate examination.

* * *

Movement of members of the armed forces passing between Daman and the enclaves was, at least after the middle of the nineteenth century, not very great. They appear to have discharged in the main strictly police functions. The numbers who exercised passage at any given time were small. Their functions related primarily to the maintenance of internal order within the enclaves; passage between Daman and the enclaves, and between the latter, was largely, if not principally, in relation to relief of detachments, posting or re-posting, proceeding on leave, escorting government funds or prisoners and other duties of a police character. The movement of armed police presents a somewhat similar picture.

The constant and uniform practice during the British period was to permit under regulation and control the passage of members of the armed forces and police officials and arms and ammunition. There appears never to have been an occasion when this passage was not permitted.

In 1947 India succeeded the British as sovereign over the intervening territory. From that time onwards, until shortly before July 1954, when the events arose from which this dispute stems, the practice which had been followed during the British period was continued.

* * *

The right of passage claimed by Portugal is an indivisible one which was, however, in its exercise subject to regulation and control

3. Malgré la réglementation et le contrôle les plus étroits exercés de temps à autre sur de nombreux aspects du passage, la pratique constante et uniforme des Britanniques a été d'autoriser le passage pour les six catégories énumérées dans l'arrêt de la Cour dans une mesure au moins suffisante pour permettre au Portugal d'administrer les enclaves d'une manière continue.

La Cour estime — et je suis de son avis — que la pratique suivie au cours de la période britannique et maintenue au cours de la période indienne a eu pour conséquence l'acquisition par le Portugal, en vertu de la coutume locale, d'un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises. A mon avis, cependant, la pratique suivie a donné naissance à une coutume en vertu de laquelle le Portugal a acquis un droit de passage non seulement pour les catégories susmentionnées, mais aussi pour les forces armées, la police armée, les armes et les munitions.

Il convient d'examiner séparément ces trois dernières catégories.

* * *

Les mouvements d'effectifs des forces armées entre Damao et les enclaves ont été, du moins après le milieu du XIX^{me} siècle, peu importants. Il semble que ces effectifs aient assumé essentiellement des fonctions de nature strictement policière. Les effectifs qui ont exercé le passage ont à chaque occasion été faibles. Leurs fonctions tendaient principalement au maintien de l'ordre intérieur au sein des enclaves et le passage entre Damao et les enclaves et entre ces dernières a été dans une large mesure, sinon essentiellement, exercé à l'occasion de la relève de détachements, de l'affectation ou de la réaffectation de personnel, de départs en permission, de transport de fonds publics ou de conduite de prisonniers sous escorte et dans l'accomplissement d'autres fonctions de nature policière. Les mouvements de la police armée présentent un tableau à peu près analogue.

La pratique constante et uniforme au cours de la période britannique a été d'autoriser, tout en le soumettant à une réglementation et à un contrôle, le passage des effectifs des forces armées et des fonctionnaires de la police, ainsi que des armes et des munitions. Il semble qu'il n'y ait jamais eu d'occasion où ce passage n'ait été autorisé.

En 1947, l'Inde, succédant aux Britanniques, est devenue souveraine sur le territoire intermédiaire. A partir de cette date et jusqu'à peu avant le mois de juillet 1954, époque à laquelle sont survenus les événements qui ont donné naissance au présent différend, la pratique suivie au cours de la période britannique a été maintenue.

* * *

Le droit de passage revendiqué par le Portugal a un caractère indivisible, tout en étant cependant soumis, dans son exercice, à

by India. Portugal did not claim one right of passage for goods, another for private individuals and a separate one for each of the six categories into which, for the purposes of the Court's Judgment, the passage has been divided.

This, however, presents no difficulty so long as the indivisible character of the claim made by Portugal is kept constantly in mind. Unless, however, this is done, distinctions in degree between the regulation and control of passage exercised by the British and later by India, on different occasions and from time to time in respect of one or some of these different categories, may lead to impermissible conclusions as to the nature and extent of the right itself.

In reaching its conclusion that Portugal did not have in July 1954 any right of passage in respect of armed forces, armed police or arms and ammunition, the Court has pursued certain distinctions which it sees between one set of categories and another; which in my opinion are but distinctions of degrees of regulation and control; and has treated these distinctions as decisive. This has led it to reach one conclusion in respect of what may conveniently be described as the first three categories and an opposite one in respect of the other three.

* * *

There cannot be any real dispute that it was the constant and uniform practice during the British and post-British periods to permit passage in respect of all six categories.

Each of these categories was at different times subject to different regulation and control. The passage of private persons and civil officials was, until just prior to the events which occurred at Dadra, subject to routine control, although the frontier controls included during one period, 1857-1863, the prohibition of entry without a licence of all foreigners; during the first World War the reporting by Portuguese Europeans to the police on arrival in Indian territory; and from 1935 the requirement of all Portuguese not domiciled in India to carry a passport when entering Indian territory from a Portuguese possession over the land frontier (Counter-Memorial, para. 46). The passage of goods in general was subject at certain times to customs regulation and such regulation and control as was necessitated by considerations of security or revenue. Indeed, India's case was that the passage of goods was "subject at all times to control and on occasion even to prohibitions" (para. 358 of Rejoinder).

la réglementation et au contrôle de l'Inde. Le Portugal n'a pas revendiqué un droit de passage pour les marchandises, et un autre pour les personnes privées, ni un droit particulier pour chacune des six catégories en lesquelles ce droit a été subdivisé aux fins de l'arrêt de la Cour.

Cela ne présente toutefois aucune difficulté tant que l'on garde présent à l'esprit le caractère indivisible de la revendication portugaise : faute de quoi, toutefois, les distinctions de degré établies entre la réglementation et le contrôle du droit de passage exercés par les autorités britanniques et ultérieurement par l'Inde à différentes occasions et de temps en temps à l'égard d'une ou de plusieurs de ces diverses catégories risquent d'aboutir à des conclusions inacceptables quant à la nature et à l'étendue du droit lui-même.

En décidant que le Portugal ne possédait en juillet 1954 aucun droit de passage en ce qui concerne les forces armées, la police armée, les armes et munitions, la Cour a établi certaines distinctions qu'elle aperçoit entre une série de catégories et une autre ; alors qu'à mon avis il n'existe que des distinctions entre les degrés de réglementation et de contrôle ; et elle a considéré ces distinctions comme décisives. Elle a été amenée ainsi à une conclusion touchant ce qu'on peut appeler, pour plus de commodité, les trois premières catégories, et à une conclusion opposée à l'égard des trois autres.

* * *

On ne saurait mettre en doute que la pratique constante et uniforme au cours des périodes britannique et post-britannique a été d'autoriser le passage pour les six catégories sans exception.

Chacune de ces catégories a été soumise, à différentes époques, à une réglementation et à un contrôle différents. Jusqu'à la veille des événements qui se sont produits à Dadra, le passage des personnes privées et des fonctionnaires civils était soumis à un contrôle normal, bien que les contrôles à la frontière aient compris : pendant une certaine période, de 1857 à 1863, l'interdiction d'entrer sans permis pour tous les étrangers ; au cours de la première guerre mondiale l'obligation pour les Européens portugais de se présenter à la police à leur arrivée en territoire indien ; et, à partir de 1935, l'obligation pour tous les Portugais non domiciliés en Inde d'avoir un passeport pour pénétrer sur le territoire indien en venant d'une possession portugaise par la frontière terrestre (contre-mémoire, par. 46). Le passage des marchandises en général était soumis, à certaines époques, à une réglementation douanière et à tels réglementation et contrôle qu'exigeaient des considérations touchant la sécurité ou la fiscalité. En fait, l'Inde a affirmé que le passage des marchandises « a toujours été soumis au contrôle et parfois même frappé d'interdiction » (par. 358 de la duplique).

In respect of the first three categories, these controls did not preclude the Court from finding that a custom had arisen creating a right of passage as at July 1954, which right was itself subject to the regulation and control by India. This finding, as I read the Court's decision, depended on the fact that in respect of private persons and civil officials there was no restriction beyond routine control, whilst in respect of goods in general, despite certain prohibitions referred to in the Court's Judgment, in all other cases the passage of goods was free, "no authorization or licence was required".

It is in the absence or presence of any need to obtain prior permission or licence for passage in respect of any category that the Court finds a decisive distinction between the first three categories and the other three.

When, therefore, the Court turns to consider whether any right of passage has been established in respect of armed forces, armed police and arms and ammunition, its decision in respect of them is based upon a preliminary finding that in this respect the position as regards these three categories is clearly different.

It is then for consideration in what material respects, if any, it was different, and whether any difference established is decisive.

Firstly, the difference is stated to lie in the fact that from 1818 to 1878, the passage of armed forces and armed police between British and Portuguese possessions was regulated on a basis of general reciprocity.

It is not apparent in what way this difference can be decisive. Reciprocal arrangements between the British and the Portuguese were not confined to the passage of armed forces and armed police between their respective possessions; there were, during certain periods, some reciprocal arrangements which also covered the passage of certain goods, between specifically Daman and the enclaves, free from customs or transit duties (see e.g. Indian Annex C. No. 35; Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annexes at pp. 134, 145, 149, 158, 163, 170, 177; Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at p. 293).

It needs to be constantly stressed that we are concerned not with the matter of general entry by British or Portuguese armed forces or armed police into the possessions of the other, but with the special case of passage between Daman and the enclaves. To the extent to which the general covers the specific, the regulation of entry and transit on the basis of reciprocity is quite consistent with the right claimed by Portugal, consistent with freedom of passage between Daman and the enclaves, and in no way inconsistent with a long continued practice giving rise through custom to a right of passage between Daman and the enclaves. Passage

Quant aux trois premières catégories, ces contrôles n'ont pas empêché la Cour de conclure qu'une coutume s'était établie et qu'elle avait engendré un droit de passage existant au mois de juillet 1954, droit soumis lui-même à une réglementation et à un contrôle de la part de l'Inde. Cette conclusion, si je comprends bien la décision de la Cour, découlait du fait qu'il n'existait à l'égard des personnes privées et des fonctionnaires civils aucune restriction s'étendant au-delà d'un contrôle normal, tandis qu'en ce qui concerne les marchandises en général, en dépit de certaines interdictions citées dans l'arrêt de la Cour, dans tous les autres cas le passage des marchandises était libre, « ni autorisation ni licence n'étaient exigées ».

C'est dans le fait qu'il existait ou non obligation d'obtenir une autorisation ou licence préalable pour le passage de l'une quelconque des catégories que la Cour découvre les éléments d'une distinction décisive entre les trois premières catégories et les trois autres.

En conséquence, lorsque la Cour en vient à examiner si un droit de passage quelconque a été établi pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions, sa décision à cet égard se fonde sur une constatation préliminaire, à savoir qu'à ce sujet la situation est nettement différente en ce qui concerne ces trois catégories.

Il y a donc lieu d'examiner comment se traduisait en pratique cette différence, à supposer qu'il y en ait une, et si toute différence qui peut être établie est décisive.

En premier lieu, on aperçoit cette différence dans le fait que, de 1818 à 1878, le passage des forces armées et de la police armée entre possessions britanniques et portugaises a été réglé sur une base de réciprocité générale.

Il n'apparaît pas clairement en quoi cette différence peut être décisive. Les accords réciproques conclus entre les Britanniques et les Portugais ne se limitaient pas au passage des forces armées et de la police armée entre leurs possessions respectives; pendant certaines périodes des accords réciproques se sont également appliqués au passage de certaines marchandises, en particulier entre Damao et les enclaves, en franchise de droits de douane ou de transit (voir par exemple annexe indienne C. n° 35; contre-mémoire, vol. II, annexes indiennes, pp. 134, 145, 149, 158, 163, 170, 177; duplicque, vol. II, annexes indiennes, p. 293).

Il y a lieu de rappeler constamment qu'il ne s'agit pas en l'espèce de la question générale de l'entrée des forces armées ou de la police armée britanniques ou portugaises dans les possessions respectives des deux États, mais du cas particulier du passage entre Damao et les enclaves. Dans la mesure où le général couvre le particulier, la réglementation de l'entrée et du transit sur une base de réciprocité est tout à fait compatible avec le droit revendiqué par le Portugal, ainsi qu'avec la liberté de passage entre Damao et les enclaves, et elle n'est nullement incompatible avec l'existence d'une longue pratique continue donnant naissance par la coutume à un droit de

could be regulated and controlled wholly or in part through agreed-to arrangements just as it could through unilateral acts by the British and India. The factual difference stated provides in my view no foundation for a conclusion that throughout this period the Portuguese knew that the British were entitled at any time at their absolute and arbitrary discretion to stop all passage of armed forces and armed police between Daman and the enclaves.

Moreover, the question with which we are concerned cannot be dealt with as if the existence of the enclaves had no special significance; passage between Daman and the enclaves cannot be equated to any entry into or over British or Indian territory.

Secondly, the Court finds that after 1878 the position was that passage could only take place with the previous authorization of the British, and later of India, whether under a reciprocal arrangement already agreed to or in individual cases, whereas, in the case of private persons, civil officials and goods in general, no previous authorization was required.

On the basis of these preliminary findings, the conclusion is reached that "having regard to the special circumstances of the case" the necessity for authorization before passage could take place constitutes a negation of passage as of right in respect of armed forces and armed police. This in the Court's view predicates that the territorial sovereign had the absolute and arbitrary power to refuse or withdraw permission at any time.

It is not evident what these special circumstances are.

India submitted that the essence of a right of passage is the power to pass without permission; that the need for prior permission or licence negates any right.

It does not appear to what extent, if at all, this proposition, which, in my opinion is, as stated, unsound, has been accepted. If it be that in this case the necessity for authorization before passage took place constitutes a negation of passage as of right solely because of certain special circumstances, it is important to know what those special circumstances are. I assume the Court is referring to the preliminary findings of fact just mentioned, which in my view do not support its decision. No other special circumstances have been suggested, and I am not aware of any.

With regard to arms and ammunition, the Court's decision appears to turn wholly on the finding that since 1878 the importation or exportation of the same has been subject to prior permission or licence. This seems to disregard as unimportant the practice which had been followed from 1818 to 1878.

passage entre Damao et les enclaves. Le passage pouvait être réglementé ou contrôlé totalement ou en partie par des accords tout aussi bien que par des actes unilatéraux de la part des Britanniques et de l'Inde. A mon avis, la différence de fait énoncée ne permet aucunement de conclure que, pendant toute cette période, les Portugais savaient que les Britanniques avaient le droit à tout moment et à leur discrétion absolue et arbitraire d'interrompre tout passage des forces armées et de la police armée entre Damao et les enclaves.

Au surplus, la question qui nous occupe ne saurait être traitée comme si l'existence des enclaves ne présentait aucune importance particulière; le passage entre Damao et les enclaves ne peut être mis sur le même plan que n'importe quelle entrée dans le territoire britannique ou indien ou qu'un transit sur ce territoire.

En deuxième lieu, la Cour constate qu'après 1878 la situation était la suivante: le passage ne pouvait avoir lieu qu'avec l'autorisation préalable des Britanniques, puis de l'Inde, donnée soit en vertu d'un accord réciproque antérieur, soit dans des cas d'espèce, tandis que dans le cas des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général il n'était pas exigé d'autorisation préalable.

Se fondant sur ces constatations préliminaires on en conclut que, « eu égard aux circonstances spéciales de l'espèce », l'exigence d'une autorisation préalable au passage est la négation même de l'exercice du passage à titre de droit en ce qui concerne les forces armées et la police armée. De l'avis de la Cour, cela suppose que le souverain territorial avait le pouvoir absolu et arbitraire de refuser ou de retirer son autorisation à tout moment.

La nature de ces circonstances spéciales n'est pas évidente.

L'Inde a prétendu que l'essence d'un droit de passage est la faculté d'exercer le passage sans permission; que l'exigence d'une permission préalable ou d'un permis est la négation même de l'existence d'un droit.

Il n'apparaît pas dans quelle mesure cette affirmation, qui selon moi est, comme je l'ai dit, mal fondée, a été acceptée. Si l'exigence d'une autorisation préalable au passage doit constituer en l'espèce la négation même de l'exercice du passage à titre de droit du seul fait de certaines circonstances spéciales, il importe de connaître la nature de ces dernières. Je présume que la Cour se réfère aux constatations préliminaires de fait dont je viens de parler qui, à mon avis, ne soutiennent pas sa décision. Il n'a pas été mentionné d'autres circonstances spéciales et je n'en connais pas.

En ce qui concerne les armes et les munitions, la décision de la Cour semble reposer entièrement sur la constatation que depuis 1878 leur importation ou exportation a été soumise à l'octroi d'une permission préalable ou d'une licence. Il semble donc qu'on ait négligé la pratique qui avait été suivie de 1818 à 1878, comme si elle était sans importance.

* * *

In my opinion the record establishes that, prior to the Treaty of 1878, it was not the practice to seek prior permission of the British before any passage of armed forces or armed police or arms and ammunition took place, nor was it necessary to do so.

As regards the armed forces, the Treaty of Commerce and Extradition of 1878, which terminated in 1892, contained a clause (Article XVIII thereof) which provided that "The armed forces of one of the two High Contracting Parties shall not enter the Indian dominions of the other, except for the purposes specified in former Treaties, or for the rendering of mutual assistance as provided for in the present Treaty, or except in consequence of a formal request made by the party desiring such entry to the other." This Article was of general application directed to entry into the dominions of the other. It was proposed not by the British but by the Portuguese, who had for just on 100 years prior thereto continuously exercised passage in respect of armed forces between Daman and the enclaves. The reasons for Portugal's request for the inclusion of this clause had nothing to do with any question of passage between Daman and the enclaves, but were concerned with matters of high policy. The overriding reason was its desire to protect and preserve its sovereignty over its overseas possessions in India. It explained "the exact meaning of this Article" (see Indian Annex F. No. 54, Rejoinder, Vol. II, at page 227).

After the Treaty had come into force, and before 1890, although there were apparently times when prior permission was in fact applied for, there were a number of occasions when members of the Portuguese armed forces passed between Daman and the enclaves without seeking or having any prior permission to do so. The Portuguese claim that these occasions numbered twenty-three. Whatever the precise number, it is quite clear on the record that there were several (Indian Annex F. No. 53, Rejoinder, Vol. II, at pages 212, 213, 214, 216, 218, 219 and 220).

This gave rise in 1890 and 1891 to correspondence which passed between the British and the Portuguese authorities in which the former took up the position that, by virtue of Article XVIII of the Treaty, formal request for permission should in all cases be made whenever any Portuguese armed forces passed through British territory. Whether the provisions of Article XVIII justified the construction then placed upon it by the British authorities is a question which need not be answered. The fact is that thereafter it became a habit for the Portuguese to apply for prior permission. This marked a point of departure in respect of the administrative practice which had prevailed before 1878.

* * *

A mon avis, le dossier démontre qu'avant le traité de 1878 la pratique n'était pas de demander aux autorités britanniques une permission préalable en cas de passage des forces armées, de la police armée ou des armes et munitions et qu'il n'était pas nécessaire de le faire.

A l'égard des forces armées, le traité de commerce et d'extradition de 1878, qui a cessé d'être en vigueur en 1892, contenait une clause (article XVIII) qui disposait : « La force armée de l'une des deux Hautes Parties contractantes n'entrera pas dans les possessions indiennes de l'autre, excepté dans les cas spécifiés par des traités antérieurs, ou pour se prêter un mutuel secours comme cela est prévu dans le présent traité, ou lorsqu'une demande formelle en aura été faite par la partie qui désirera cette entrée de l'autre. » L'application de cet article était générale pour l'entrée sur le territoire des possessions des parties respectives. Il avait été proposé non pas par les autorités britanniques mais par les autorités portugaises qui, au cours du siècle précédent, avaient constamment fait passer des forces armées entre Damao et les enclaves. Les raisons pour lesquelles le Portugal avait demandé l'inclusion de cette clause n'avaient rien à voir avec une quelconque affaire de passage entre Damao et les enclaves, mais se rattachaient à des questions de politique générale. La plus importante était le désir du Portugal de protéger et de maintenir sa souveraineté sur ses possessions d'outre-mer en Inde. Il a expliqué « le sens exact de cet article » (voir annexe indienne F. n° 54, duplique, vol. II, p. 227).

Après l'entrée en vigueur du traité et jusqu'en 1890, s'il est vrai qu'à certaines époques une autorisation préalable a bien été demandée, des membres des forces armées portugaises ont, à de nombreuses reprises, circulé entre Damao et les enclaves sans en avoir demandé ni reçu l'autorisation préalable. Les Portugais affirment qu'on a compté vingt-trois cas de ce genre. Quel que soit le nombre exact, il ressort clairement du dossier qu'il y en a eu plusieurs (annexe indienne F. n° 53, duplique, vol. II, pp. 212, 213, 214, 216, 218, 219 et 220).

Il en est résulté en 1890 et 1891 un échange de correspondance entre les autorités britanniques et portugaises au cours duquel la position des premières a été qu'en vertu de l'article XVIII du traité, une demande formelle d'autorisation était nécessaire dans tous les cas, chaque fois que les forces armées portugaises traversaient le territoire britannique. Il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si les dispositions de l'article XVIII justifiaient l'interprétation qu'en ont alors donnée les autorités britanniques. Le fait est que, par la suite, les Portugais prirent l'habitude de solliciter une autorisation préalable, ce qui était une déviation par rapport à la pratique administrative suivie avant 1878.

In reaching its conclusion as to the practice with regard to the passage of armed forces, the Court appears to have been much persuaded by letter of the 22nd December 1890 from the Governor General of Portuguese India to the Governor of Bombay (Indian Annex F. No. 53, Rejoinder, Vol. II, at page 215) and the Treaty of 1741 between the Marathas and the Portuguese. On examination, however, these I think provide slender support for its conclusion.

On 8 December 1890 the Bombay Government communicated with the Portuguese Government in India to the effect that "armed men in the service of the Portuguese Government are in *the habit* of passing without *formal* request" between Daman and Nagar-Aveli and that this appeared in breach of Article XVIII of the Treaty of 1878. It was to this legal contention that the Governor General of Portuguese India replied on 22 December, in which *inter alia* he stated: "On so delicate a subject I request leave to observe that Portuguese troops never cross British territory without previous permission and that *small detachments* whenever on the march meet a military post or any force or British Authority, they halt and only proceed further after applying for and obtaining fresh permission. For centuries has this practice been followed, whereby the treaties have been respected and due deference shown to the British authorities." The Bombay Government replied by letter of 9 April 1891 in which it stated that application for permission, claimed to be necessary under the terms of Article XVIII of the Treaty, had not been observed in several instances. It was, however, made quite clear that permission, when applied for in respect to Portuguese armed men, "would be accorded *in consonance with past practice*". (Rejoinder, Vol. II, Indian Annexes at page 223.)

Whatever the precise meaning to be given to the statement in the letter of the Portuguese Governor General it is, I think, apparent on the reading of the relevant correspondence that:

(a) The request for permission was treated very much as a formality, though a not unimportant one. The "formal request" under Article XVIII of the Treaty had first to be made.

(b) When permission was applied for, it would be forthcoming "in consonance with past practice".

That this letter of the Portuguese Governor General cannot be accepted as establishing that the practice which had existed prior to 1878 in relation to passage of armed forces between Daman and the enclaves was to seek for and obtain permission or that prior permission was necessary is, I think, reasonably clear elsewhere in the record.

India contended that since 1879, when the Treaty came into force, permission was necessary (para. 355 of Rejoinder). But "The

En arrivant à sa conclusion quant à la pratique suivie pour le passage de forces armées, la Cour semble avoir été profondément influencée par une lettre du gouverneur général de l'Inde portugaise au gouverneur de Bombay, datée du 22 décembre 1890 (annexe F. n° 53, duplique, vol. II, p. 215) et par le traité luso-mahratte de 1741. Mais à l'examen, je crois que ces documents n'offrent qu'un appui fragile à cette conclusion.

Le 8 décembre 1890, le Gouvernement de Bombay a envoyé au Gouvernement portugais en Inde une communication d'après laquelle « des hommes en armes au service du Gouvernement portugais ont l'*habitude* de traverser sans en formuler *officiellement* la demande » entre Damao et Nagar-Aveli, ce qui paraissait contraire à l'article XVIII du traité de 1878. C'est à cette thèse juridique qu'a répondu le 22 décembre le gouverneur général de l'Inde portugaise, en disant notamment : « Sur un sujet aussi délicat, je me permettrai de faire observer que les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable et que de *petits détachements*, chaque fois qu'ils rencontrent dans leurs déplacements un poste militaire ou toute autre force ou autorité britannique, s'arrêtent et ne poursuivent leur chemin qu'après avoir demandé et obtenu une nouvelle autorisation. Cette pratique a été observée depuis des siècles, en respect des traités et par déférence à l'égard des autorités britanniques. » Le Gouvernement de Bombay a répondu par une lettre du 9 avril 1891 où il est déclaré que dans plusieurs cas la nécessité d'une demande d'autorisation, exigée aux termes de l'article XVIII du traité, n'a pas été respectée. Mais il était pourtant très clairement indiqué que l'autorisation, lorsqu'elle serait sollicitée pour les forces armées portugaises, serait accordée « *conformément à la pratique suivie dans le passé* ». (Duplique, vol. II, annexes indiennes, p. 223.)

Quel que soit le sens précis qu'on attache à l'énoncé de la lettre du gouverneur général portugais, je crois qu'il ressort de la correspondance pertinente :

a) Que la demande d'autorisation était traitée surtout comme une formalité encore qu'elle eut son importance. La « demande formelle » exigée aux termes de l'article XVIII du traité devait d'abord être faite.

b) Quand la permission était sollicitée, elle était accordée « conformément à la pratique suivie dans le passé ».

Je crois qu'il ressort assez clairement des autres éléments du dossier que cette lettre du gouverneur général portugais ne saurait être acceptée comme démontrant que la pratique antérieure à 1878 quant au passage des forces armées entre Damao et les enclaves était de solliciter et d'obtenir une permission ou qu'une autorisation préalable fût nécessaire.

L'Inde a soutenu que depuis l'entrée en vigueur du traité en 1879, l'autorisation était nécessaire (duplique, par. 355). Mais « le

fact is ... that before 1879 the entry of *troops* or *armed police* of either Government into the territory of the other was governed by a reciprocal arrangement. The existence of such an arrangement *naturally made it unnecessary for a formal request to be made and permission to be granted on each occasion of entry* (para. 333 of the Rejoinder). (See also paras. 296 and 333 of Rejoinder, and paras. 132 and 136 of Counter-Memorial; Indian Annex F. No. 53, Rejoinder, Vol. II, at pages 216, 218, 219 and 220; Indian Annex C. No. 39, Counter-Memorial, Vol. II, pages 192-193).

As for the Treaty of 1741, referring as it does to circumstances and a time forty years prior to the Portuguese obtaining possession of the enclaves, it seems sufficiently remote from the issues with which we are called upon to deal as to provide little assistance. It seems therefore clear that prior to 1878 it was not usual for the Portuguese to request prior permission nor does it appear that such permission was necessary before passage took place.

When the Treaty of 1878 was entered into the crystallization into custom of the practice existing between 1818-1878 was already far advanced, if indeed it had not by that time become a local custom, as I incline to think was the case.

Whenever, however, subsequently permission was in fact applied for, passage was allowed not generally, but always. It was "accorded in *consonance with past practice*".

In the case of armed police different arrangements were agreed to from time to time or different administrative practices were followed, which endured for certain periods. During some periods no prior permission was applied for or appears to have been required. During other periods it was required, or required when the number intended to exercise the passage exceeded a given figure. On other occasions previous intimation of intention was all that seemed to be called for (see e.g. Indian Annex C. No. 53, Counter-Memorial, Vol. II, at p. 307 (1912); Indian Annex C. No. 57, *ibid.*, p. 323 (1940)). It was necessary to have "some sort of control or check over the movements of armed police forces" (*ibid.*, at p. 324). Prior permission never appears however to have been necessary before 1878 nor was there any practice to apply for the same.

With respect to arms and ammunition, subsequent to 1878 it was the usual practice that permission had first to be applied for. But the evidence does not establish that this was so during the period 1818-1878, or that it was usual during that period for the Portuguese to ask permission.

* * *

But assuming that it were otherwise and that there was at all times an administrative or agreed-to requirement, either general in

fait est ... qu'avant 1879 l'entrée des *troupes* ou de la *police armée* d'un gouvernement sur le territoire de l'autre était régie par un accord réciproque. *Il devenait donc inutile, étant donné l'existence de cet accord, de faire une demande officielle de passage et d'accorder une autorisation à l'occasion de chaque entrée* » (par. 333 de la duplique). (Voir également par. 296 de la duplique et par. 132 et 136 du contre-mémoire; annexe indienne F. n° 53, duplique, vol. II, p. 216, 218, 219 et 220; annexe indienne C. n° 39, contre-mémoire, vol. II, pp. 192-193).

Quant au traité de 1741 qui se réfère à des circonstances et à une époque de quarante ans antérieure à la prise de possession des enclaves par les Portugais, il semble assez éloigné des questions que nous sommes appelés à traiter pour ne pouvoir être d'une grande utilité. Il semble donc clair qu'avant 1878 les Portugais n'avaient pas l'habitude de solliciter une autorisation préalable, et il ne semble pas qu'une telle autorisation fût nécessaire avant le passage.

Lors du traité de 1878, la cristallisation en une coutume de la pratique existant entre 1818 et 1878 était déjà très avancée, si même elle n'était pas déjà devenue à l'époque une coutume locale, comme j'incline à le croire.

Cependant, toutes les fois que par la suite l'autorisation était sollicitée en fait, le passage était autorisé, non pas d'une façon générale, mais toujours. Il était accordé « *conformément à la pratique suivie dans le passé* ».

Dans le cas de la police armée, des arrangements différents furent conclus à diverses époques ou bien des pratiques administratives variables furent suivies pendant certaines périodes. Tantôt aucune autorisation préalable n'était sollicitée ou bien ne semblait nécessaire, tantôt elle était exigée, ou bien elle était nécessaire lorsque les effectifs devant exercer le passage dépassaient un certain chiffre. Parfois aussi, il semble que seule une notification préalable ait été exigée (voir par exemple annexe indienne C. n° 53, contre-mémoire, vol. II, p. 307 (1912); annexe indienne C. n° 57, *ibid.* p. 323 (1940)). Il était nécessaire d'imposer « un certain contrôle ou une certaine réglementation aux mouvements de la police armée » (*ibid.* p. 324). Cependant, il ne semble pas qu'aucune autorisation préalable eût été nécessaire avant 1878 et on ne relève aucun usage imposant de solliciter une pareille autorisation.

Pour ce qui est des armes et des munitions, la pratique courante après 1878 était de solliciter l'autorisation préalable. Mais les preuves ne démontrent pas qu'il en fût ainsi pendant la période 1818-1878 ou que pendant cette période les Portugais eussent coutume de solliciter l'autorisation.

* * *

Mais en admettant qu'il en soit autrement et qu'il ait toujours existé une obligation soit de caractère administratif, soit issue d'un

application or specifically applicable to passage between Daman and the enclaves, that prior permission should be sought before armed forces, armed police or arms and ammunition entered or passed over British, and later Indian, territory, that, in my opinion, would not preclude a custom arising creating in Portugal a right of passage, subject of course at all times to its regulation and control by the sovereign of the intervening territory.

Portugal has throughout made it clear that the right claimed by her to have arisen from local custom is subject in its exercise to India's regulation and control. Despite such regulation and control as from time to time applied to all categories, it was the constant and uniform practice, extending over more than a century and a quarter, for both the British and India, to allow passage for each of these categories. Never, until about the time of the events of 1954, did this practice alter.

* * *

Regulation and control take different forms, which may vary from time to time. As times and circumstances change, so may regulation and control. The requirement of a licence to do an act is a common, useful and practical form of administrative regulation and control. (See in this case, for example, Counter-Memorial, Vol. II, Indian Annex D. No. 4, Act of 5 December 1857 relating to foreigners, which provided that no foreigner should travel or pass through British territory without a licence which could be revoked at any time; Annex D. No. 5, Act of 12 February 1864 making similar provision to prevent (*inter alia*) subjects of foreign States from passing through British India without the consent of the Government of British India.) A necessity to apply for a licence before an act is done is not necessarily incompatible with a right to do that act. The legal systems of many countries will provide examples where before an admitted right may be exercised application for permission must first be made, but where the right to accord or refuse permission is, in all the circumstances, interpreted not as one of absolute discretion but as a controllable discretion, one which must be used reasonably and not capriciously, one which must be exercised in good faith.

In the present case, in respect of the three categories where the Court has held a right of passage in Portugal to have arisen, there were at different times routine controls or such regulations and controls as were necessitated by considerations of security or revenue. It is not without significance that whereas the passage of certain goods was at different times and over substantial periods totally prohibited, the passage of armed forces, armed police, and arms and

accord applicable à titre général, ou, spécifiquement, au passage entre Damao et les enclaves imposant de solliciter une autorisation préalable avant de faire entrer ou transiter des forces armées, de la police armée ou des armes et munitions en territoire britannique et plus tard en territoire indien, le fait, à mon avis, n'exclut pas qu'une coutume ne soit née et n'ait créé au profit du Portugal un droit de passage toujours soumis, bien entendu, à la réglementation et au contrôle exercés par le souverain du territoire intermédiaire.

Le Portugal a toujours précisé que l'exercice du droit qu'il revendique comme issu de la coutume locale est soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde. En dépit de la réglementation et du contrôle appliqués de temps en temps à toutes les catégories, la pratique constante et uniforme pendant plus de cent vingt-cinq ans a été, pour les autorités britanniques comme pour l'Inde, d'autoriser le passage de chacune de ces catégories. Jamais cette pratique n'a été modifiée jusqu'à l'époque des événements de 1954.

* * *

La réglementation et le contrôle prennent différentes formes qui peuvent varier de temps à autre. Comme varient les temps et les circonstances, ainsi peuvent aussi varier la réglementation et le contrôle. L'obligation d'obtenir une autorisation préalable avant d'agir est une forme courante, utile et pratique de réglementation et de contrôle administratif. (Voir dans la présente affaire, par exemple, contre-mémoire, vol. II, annexe indienne D. n° 4: *Act* du 5 décembre 1857 relatif aux étrangers qui dispose qu'aucun étranger ne peut voyager ni transiter en territoire britannique s'il n'est muni d'une licence révocable à tout moment; annexe D. n° 5: *Act* du 12 février 1864 contenant des dispositions similaires visant à interdire *inter alia* aux sujets des États étrangers de traverser le territoire de l'Inde britannique sans le consentement de cet État.) L'obligation de demander une autorisation préalable n'est pas nécessairement incompatible avec le droit d'agir. Les systèmes juridiques d'un grand nombre de pays fournissent des exemples qui témoignent qu'avant d'exercer un droit reconnu il y a lieu de solliciter l'autorisation de l'exercer, mais que le droit d'accorder ou de refuser cette autorisation est toujours interprété non pas comme une discrétion absolue mais comme une discrétion contrôlable, dont l'usage doit être raisonnable et non pas capricieux, et qu'il doit être exercé en toute bonne foi.

Dans la présente affaire, en ce qui touche les trois catégories pour lesquelles la Cour a conclu à un droit de passage au profit du Portugal, des contrôles normaux ou certaines mesures de réglementation et de contrôle imposés par des considérations de sécurité ou de fiscalité ont été établis à différentes époques. Il est assez significatif, tandis que le passage de certaines marchandises a été totalement interdit à différentes époques et pour d'assez longues

ammunition were, until just before July 1954, always allowed. The constant and uniform practice was to allow passage in respect of all six categories sufficient to enable Portuguese authority to function, subject however to the different controls in force from time to time.

In respect of any of the first three categories, the Judgment of the Court confirms that the right of passage which arose out of local custom may properly, in respect to matters connected with the exercise thereof, be controlled or regulated by India. Custom, which created the right, attached to it the qualification of regulation and control by the sovereign of the intervening territory.

This also, in my opinion, was the case in relation to armed forces, armed police, and arms and ammunition where a stricter degree of control and regulation may for obvious reasons be necessary. The checking of the movement of any of these categories over the intervening territory, the numbers, or quantity involved and the purpose for which the passage is sought, the time, the route to be taken, and other modalities of passage, are all matters properly the subject of control and regulation (cf. Indian Annex C. No. 57, Counter-Memorial, Vol. II, at p. 324).

* * *

Whether it was in respect of goods or persons or civil officials, or armed forces or armed police, or arms and ammunition, it was the constant and uniform practice to allow their passage. In respect of each category controls of different kinds operated on different occasions or during different periods. But the controls differed only in degree. The administrative need to apply for prior authority in respect of any one or more category is not decisive in this dispute any more than was the general prohibition of passage of goods during the Second World War or prohibitions on transit imposed on different kinds of goods. Each in my opinion fell within the field of regulation and control of the exercise of the right of passage. In principle, I do not see any decisive difference between any of the regulations and controls which applied to the various categories at different times.

* * *

The Court in its Judgment places little emphasis, if any, upon the fact of recognition by the British and India of Portuguese sover-

périodes, que le passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions ait toujours été autorisé jusqu'à l'époque précédant immédiatement le mois de juillet 1954. La pratique constante et uniforme pour ces six catégories sans exception était d'autoriser le passage dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise, sous réserve toutefois de divers contrôles appliqués de temps à autre.

A l'égard de l'une quelconque des trois premières catégories, l'arrêt de la Cour confirme que le droit de passage découlant de la coutume locale peut équitablement, en ce qui concerne les questions se rattachant à l'exercice de ce droit, être contrôlé et réglementé par l'Inde. La coutume, qui a créé ce droit, l'a soumis à la réglementation et au contrôle du souverain du territoire intermédiaire.

J'estime qu'il en est de même à l'égard des forces armées, de la police armée et des armes et munitions sur lesquelles, pour des raisons évidentes, il peut être indispensable d'exercer un contrôle et une réglementation plus étroits. Les mouvements de l'une quelconque de ces catégories sur le territoire intermédiaire, leur importance numérique ou autre, et la raison pour laquelle le passage est demandé, l'époque, l'itinéraire et autres modalités de transit sont autant d'éléments qui peuvent, équitablement, faire l'objet de contrôle et de réglementation (cf. annexe indienne C. n° 57, contre-mémoire, vol. II, p. 324).

* * *

Qu'il se soit agi des marchandises, des personnes ou des fonctionnaires civils, des forces armées ou de la police armée, ou des armes et des munitions, la pratique constante et uniforme a été d'autoriser le passage. Chacune de ces catégories a donné lieu à des contrôles de types divers exercés en différentes occasions ou au cours de diverses périodes. Mais il n'existait qu'une différence de degré entre ces contrôles. La formalité administrative consistant à solliciter une autorisation préalable pour une ou plusieurs de ces catégories n'a pas un caractère plus décisif dans le présent différend que ne l'ont eu l'interdiction générale du passage des marchandises édictée au cours de la seconde guerre mondiale ni les interdictions opposées au transit de différents types de marchandises. A mon avis, chacune de ces mesures ressortissait à la réglementation et au contrôle de l'exercice du droit de passage. En principe, je ne vois aucune différence décisive entre aucune des mesures de réglementation et de contrôle qui ont été appliquées aux diverses catégories à différentes époques.

* * *

La Cour, dans son arrêt, n'accorde qu'une attention réduite, pour ne pas dire inexistante, au fait que les Britanniques et l'Inde

eighty over the enclaves, yet this recognition is not only an indisputable, it is as well the central, fact in the case. Another vital and indisputable fact is that this sovereignty could not be exercised unless some passage was accorded the Portuguese. Another is that this was recognized by both the British and India.

In the course of the oral hearing, Counsel for India conceded "that Portugal's sovereignty cannot operate if she is forbidden all passage of official organs and at the present time of police forces". In determining whether custom has created a right of passage, and, if so, its nature and extent, the facts above referred to have a special importance. The maintenance of internal order is an essential aspect of the exercise of sovereignty. Its maintenance in these enclaves was not possible if all access were denied to the Portuguese organs of government except unarmed civilian officials.

The history of the enclaves, their geographical situation, the recognition of Portugal's sovereignty thereover, the obvious necessity for some right of passage sufficient to enable Portuguese sovereignty to be exercised, presents as well the background against which the conduct of the Parties and the practice they followed must be measured. Sovereignty is not a mere status, it connotes an ability to exercise the rights of sovereignty. Recognition that sovereignty over the enclaves was vested in Portugal was a recognition of Portugal's rights to exercise sovereignty within them; otherwise the recognition of sovereignty would have been meaningless.

For Portugal to exercise its rights of sovereignty, passage not only for private persons, unarmed Portuguese civil officials and goods in general, but also for armed forces, armed police and arms and ammunition was in fact indispensable. Necessity for passage being implicit in the very existence of the enclaves, the recognition of Portuguese sovereignty, taken in conjunction with the constant and uniform practice which was followed, establishes in my opinion that a right of passage in respect of all the six categories referred to had been acquired by Portugal long before the events of 1954.

The long, uninterrupted, and continuous passage permitted by the British and India in respect of armed forces, armed police, and arms and ammunition is, in all the circumstances, far more consistent with a conclusion that both the British and India recognized an obligation on their part, subject to their regulation and control, to allow their passage, than with a conclusion that the matter of passage was solely one for their absolute and arbitrary discretion and that they were at liberty, if they so wished, at any time to put an end forever to further passage, isolate, for all practical purposes,

ont reconnu la souveraineté portugaise sur les enclaves, reconnaissance qui pourtant non seulement est incontestable, mais encore constitue le fait central en l'espèce. Autre fait vital et incontestable : l'exercice de cette souveraineté exigeait l'octroi d'un certain passage aux Portugais. Un autre encore : la reconnaissance de cette situation tant par les Britanniques que par l'Inde.

Au cours de la procédure orale, le conseil du Gouvernement de l'Inde a admis « que le Portugal ne pouvait exercer sa souveraineté si on lui interdisait tout passage d'agents officiels et, ce qui est actuellement le cas, de forces de police ». Les faits susmentionnés revêtent une importance particulière pour déterminer si la coutume a créé un droit de passage et, dans l'affirmative, en définir la nature et la portée. Le maintien de l'ordre intérieur est un aspect essentiel de l'exercice de la souveraineté. Son maintien dans les enclaves était impossible dès lors qu'on en refusait entièrement l'accès aux agents gouvernementaux portugais, à l'exception des fonctionnaires civils non armés.

L'histoire des enclaves, leur situation géographique, la reconnaissance de la souveraineté du Portugal sur elles, la nécessité évidente d'un certain droit de passage suffisant pour permettre au Portugal d'y exercer sa souveraineté, tels sont les éléments en fonction desquels il convient d'apprécier l'attitude des Parties et la pratique qu'elles ont suivie. La souveraineté n'est pas un simple statut, elle implique la faculté d'en exercer les droits. Reconnaître que la souveraineté sur les enclaves appartenait au Portugal, c'était reconnaître également les droits du Portugal à y exercer sa souveraineté ; sans quoi la reconnaissance de la souveraineté n'eût été qu'un vain mot.

Pour que le Portugal puisse exercer ses droits de souveraineté, le passage non seulement des personnes privées, des fonctionnaires civils portugais non armés et des marchandises en général, mais aussi des forces armées, de la police armée, des armes et des munitions était en fait indispensable. La nécessité du passage étant implicitement contenue dans l'existence même des enclaves, la reconnaissance de la souveraineté portugaise, considérée conjointement avec la pratique constante et uniforme qui a été suivie, établit, à mon avis, que le Portugal avait acquis un droit de passage pour chacune des six catégories considérées à une date très antérieure aux événements de 1954.

Étant donné le passage prolongé et ininterrompu autorisé par les Britanniques et par l'Inde pour les forces armées, la police armée, les armes et les munitions et eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, il est beaucoup plus logique de conclure que les Britanniques et l'Inde ont chacun reconnu à leur propre charge l'obligation, sous leur réglementation et leur contrôle, d'autoriser ce passage, plutôt que d'en déduire que la question du passage relevait exclusivement de leur discrétion absolue et arbitraire et qu'il leur était loisible à tout moment, si tel était leur désir, de mettre fin

the enclaves from Portuguese authority and thus effectively prevent the Portuguese from exercising their acknowledged sovereignty over the enclaves.

In my opinion the record establishes a practice during the British and post-British periods, accepted as law by the Parties, to allow the passage of armed forces, armed police, and arms and ammunition, as well as that of private persons, civil officials and goods in general, to the extent necessary in the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves, and subject to the regulation and control of India, for the purposes of, but only for the purposes of, the normal day-to-day administration thereof, including the maintenance of law and order.

* * *

A right of passage having been established, there was a correlative obligation on India not to prevent the exercise of that passage; it could regulate and control it; it could not prevent it or render it nugatory or illusive.

The Court has held that no breach by India of its international obligation has been proved. Again, I regret that I am unable to agree, even assuming—as for the purpose of this part of my opinion I do—that the right of passage acquired by Portugal was limited to the first three categories mentioned in the Court's Judgment.

In 1954 India did not acknowledge that Portugal had any right of passage. India had persuaded itself that it was in its absolute discretion, if it wished, completely to prevent Portugal from having any access to the enclaves.

* * *

In order to ascertain whether any breach was committed by India it is, I think, proper to have regard to the background furnished by certain events which occurred over a period of upwards of four years prior to July 1954. These disclose a widening estrangement between Portugal and India and a progressive tightening of restrictions on all movement by the Portuguese into and across Indian territory including ultimately and specifically movement between Daman and the enclaves.

* * *

On 27 February 1950 the Government of India approached the Portuguese Ministry of Foreign Affairs with the view that Portugal should agree to the integration of her territories in the Indian Peninsula within the Republic of India. It sought the acceptance

pour toujours au passage, d'isoler dans la pratique les enclaves de l'autorité portugaise et ainsi d'empêcher effectivement les Portugais d'exercer la souveraineté qui leur était reconnue sur les enclaves.

A mon avis, le dossier établit l'existence au cours des périodes britannique et post-britannique d'une pratique acceptée comme étant le droit par les Parties, consistant à autoriser le passage des forces armées, de la police armée, et des armes et munitions, ainsi que des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde, en vue, mais en vue seulement, de l'administration normale journalière de ces enclaves, y compris le maintien du droit et de l'ordre.

* * *

Un droit de passage une fois établi, il existait à la charge de l'Inde une obligation correspondante de ne pas empêcher l'exercice de ce passage; l'Inde pouvait le soumettre à sa réglementation et à son contrôle; elle ne pouvait l'empêcher ni le rendre nul ou illusoire.

La Cour a estimé qu'on n'avait prouvé à la charge de l'Inde aucun manquement à ses obligations internationales. Cette fois encore, je regrette de ne pouvoir me ranger à cette vue, même en présumant — comme je le fais dans cette partie de mon opinion — que le droit de passage acquis par le Portugal était limité aux trois premières catégories mentionnées dans l'arrêt de la Cour.

En 1954, l'Inde n'a reconnu l'existence d'aucun droit de passage en faveur du Portugal. Elle s'est convaincue qu'il lui était entièrement loisible, si tel était son désir, de refuser au Portugal tout accès aux enclaves.

* * *

Pour trancher la question de savoir si l'Inde a commis un manquement quelconque à ses obligations, il convient à mon avis de la situer dans le cadre de certains événements survenus au cours d'une période remontant jusqu'à quatre ans avant le mois de juillet 1954. Ceux-ci montrent comment le Portugal et l'Inde se sont progressivement éloignés l'un de l'autre et comment se sont resserrées les restrictions imposées à tout mouvement des Portugais pour pénétrer dans le territoire indien ou le traverser, y compris, finalement et spécifiquement, aux déplacements entre Damao et les enclaves.

* * *

Le 27 février 1950, le Gouvernement de l'Inde a pris contact avec le ministère des Affaires étrangères du Portugal pour lui faire connaître qu'à son avis le Portugal devrait accepter l'intégration dans la République de l'Inde de ses territoires de la péninsule indienne.

III RIGHT OF PASSAGE (DISS. OPIN. OF SIR PERCY SPENDER)

of this principle by Portugal, leaving to be discussed the ways and means to give it effect.

By Memorandum dated 15 June 1950, Portugal made it clear that the transfer of any Portuguese territory could not be considered.

On receipt of this Memorandum the Indian Minister in Portugal stated that his Government could not accept the Portuguese refusal of India's proposal as a final disposition of the question or acquiesce in the continuance of the existing position.

On 14 January 1953, the Indian Government addressed a further Note on the same subject to the Government of Portugal. It asked that the principle of direct transfer should be accepted first and that this should be followed by a *de facto* transfer of the administration. "No longer ... is it compatible with the status of India ... that pockets of foreign territory, however small in area ... should continue to exist on Indian soil..." "The Government of India has come to the conclusion that no solution is now possible except on the basis of a direct transfer which would ensure the merger of these territories at an early date with the Indian Union."

On 1 May 1953, Portugal having refrained from replying to this renewed request and having refused to discuss the question of a direct transfer with the Indian Chargé d'Affaires, India, by Note of this date, notified Portugal that unless it was prepared to discuss the question of direct transfer, it proposed to close its Legation in Lisbon. The Note stressed again the Government of India's view that Portuguese possessions should become an integral part of the territory of the Union of India.

Portugal, on 15 May 1953, replied to both the preceding Notes. It adhered to its refusal to discuss India's request, and asked India to reconsider its intention to close its Legation.

On 26 May 1953 India notified Portugal that its Legation would be closed from 11 June 1953.

In October 1953 India prohibited the transit of armed Portuguese police or military personnel across Indian territory.

On 2 December 1953 the Portuguese Legation at New Delhi, by Note to India's Foreign Affairs Ministry, stated that information had been received that Indian authorities had as from 26 November 1953 forbidden the transit of the Governor of Daman District, of the European officials and the car of the Portuguese police through Indian territory between Daman and Nagar-Aveli unless provided with passports and Indian visas. The Portuguese Note stated that it would "hamper administration of the said territories"; it was felt that the measure was unfriendly.

Il demandait au Portugal une acceptation de principe, les modalités d'exécution devant faire l'objet de négociations.

Par un mémorandum en date du 15 juin 1950, le Portugal a répondu qu'il ne saurait envisager le transfert d'aucun territoire portugais.

Au reçu de ce mémorandum, le ministre de l'Inde au Portugal a déclaré que son Gouvernement ne saurait accepter le refus opposé par le Portugal à la proposition de l'Inde comme un règlement définitif de la question, ni se satisfaire du maintien de la situation existante.

Le 14 janvier 1953, le Gouvernement de l'Inde a adressé une nouvelle note sur le même sujet au Gouvernement du Portugal. Il demandait l'acceptation préalable du principe d'un transfert direct, qui devrait être suivie d'un transfert de fait de l'administration. « Il y a désormais incompatibilité entre le statut de l'Inde ... et le maintien sur son sol de poches de territoire étranger, aussi réduites soient-elles. » « Le Gouvernement de l'Inde est parvenu à la conclusion qu'aucune solution du problème n'est plus possible, si ce n'est sur la base d'un transfert direct qui assurera à une date rapprochée la réunion de ces territoires à l'Union indienne. »

Le Portugal s'étant abstenu de répondre à cette demande renouvelée et ayant refusé de discuter la question d'un transfert direct avec le chargé d'affaires de l'Inde, l'Inde, par une note en date du 1^{er} mai 1953, a fait connaître au Portugal qu'elle se proposait de fermer sa légation à Lisbonne, à moins que le Gouvernement portugais ne se montre disposé à discuter la question du transfert direct. La note soulignait une fois de plus que, selon la thèse du Gouvernement de l'Inde, les possessions portugaises devraient devenir partie intégrante du territoire de l'Union indienne.

Le 15 mai 1953, le Portugal a répondu aux deux notes qui précèdent. Il maintenait son refus de discuter la demande de l'Inde et lui demandait de reconsidérer ses projets de fermeture de sa légation à Lisbonne.

Le 26 mai 1953, l'Inde a notifié au Portugal que sa légation serait fermée à partir du 11 juin 1953.

En octobre 1953, l'Inde a interdit le transit en territoire indien de forces de police ou de personnel militaire portugais armés.

Le 2 décembre 1953, la légation du Portugal à New Delhi, dans une note adressée au ministère des Affaires extérieures de l'Inde, a déclaré ce qui suit: il avait été porté à sa connaissance que les autorités indiennes avaient interdit, à partir du 26 novembre 1953, le passage sur le territoire de l'Union indienne entre Damao et Nagar-Aveli du gouverneur du district de Damao, des fonctionnaires européens et de la voiture de la police portugaise, à moins qu'ils ne soient munis de passeports portant le visa indien. La note portugaise soulignait que cette mesure rendait « difficile l'administration desdits territoires » et paraissait empreinte d'un caractère hostile.

This complaint was referred to in an Indian Note of 23 December 1953. India stated that it had been compelled to review its policy in view of the "general unfriendly attitude" of the Portuguese and the "misuse" of concessions hitherto enjoyed by Portuguese officials. However, to facilitate the administration of Nagar-Aveli the District Magistrates at Surat were "as a very special case" authorized to grant transit visas to permanent Portuguese European officials of Daman and Silvassa but no further concession could be considered. This practice as applied to transit between Daman and Nagar-Aveli was, I think, an innovation (see Annexes 35 and 39 to Portuguese Memorial, and Indian Annexes E. 51 and 52). It was the subject of further protests on the part of the Portuguese, on 18 January 1954 and 11 February 1954 (Annexes 39 and 40 to Memorial). The Note of 18 January (para. 4) stated that "the Governors of Daman, as well as the other officials of the district, including the Europeans, had always been allowed, by custom and tradition, to cross Indian territory between Daman and Nagar-Aveli ... without any formalities of visas or of presenting themselves to the Indian authorities".

On 3 February 1954, with immediate effect, trans-shipment through India from and to the Portuguese possessions in India of arms and ammunition of all categories was prohibited. The prohibition extended also to Portuguese civil and military personnel, excepting only the Governor-General of Goa and diplomatic and career consular officials accredited to the Government of India (Annex 45 to Memorial).

* * *

We now come to the events which occurred at Dadra and Nagar-Aveli.

It is, I think, important to consider those which took place at Nagar-Aveli separately from those at Dadra. India has throughout this case dealt with the two series of events as in substance one occurrence. There was of course an interconnection between them but they were quite separate occurrences.

On the evening of 21 July 1954 a band of men entered Dadra from Indian territory for the purpose of taking over the administration there. A *mêlée* ensued. Two Portuguese officers were killed. Portuguese resistance was overcome and its control displaced.

On 13 June 1954, the transit of vehicles between Daman and the enclaves had been interrupted by the Indian authorities. On 17 July 1954, India "decided to make certain changes in the

Dans sa note du 23 décembre 1953, l'Inde, faisant état de cette doléance, a déclaré s'être vue contrainte de reconsidérer son attitude en raison « de l'attitude généralement hostile » des Portugais et « de l'usage abusif » fait des concessions dont bénéficiaient jusqu'à présent les fonctionnaires portugais. Néanmoins, afin de faciliter l'administration de Nagar-Aveli, le *District Magistrate* de Surat était « à titre de cas très particulier » autorisé à accorder des visas de transit à des fonctionnaires portugais permanents à Damao et Silvassa, mais il ne pouvait être envisagé de faire aucune autre concession. Cette pratique en matière de transit entre Damao et Nagar-Aveli constituait, à mon sens, une innovation (voir annexes 35 et 39 au mémoire du Gouvernement du Portugal et annexes E. 51 et 52 au contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde). Elle a fait l'objet de nouvelles protestations de la part des Portugais le 18 janvier 1954 et le 11 février 1954 (annexes 39 et 40 au mémoire). La note du 18 janvier (par. 4) déclarait : « Les gouverneurs de Damao, de même que les autres fonctionnaires du district, y compris les Européens, ont toujours été autorisés, en vertu de la coutume et de la tradition, à traverser le territoire indien entre Damao et Nagar-Aveli ... sans aucune formalité de visa et sans se présenter aux autorités indiennes. »

Le 3 février 1954, le passage sur le territoire indien, en provenance ou en direction des possessions portugaises en Inde, d'armes et de munitions de quelque nature qu'elles soient, a été interdit, cette mesure entrant en vigueur immédiatement. Cette interdiction s'appliquait également au personnel civil et militaire portugais, à la seule exception du gouverneur général de Goa et des agents diplomatiques et consulaires de carrière accrédités auprès du Gouvernement de l'Inde (annexe 45 au mémoire).

* * *

Nous en arrivons maintenant aux événements survenus à Dadra et Nagar-Aveli.

Il importe, à mon sens, d'examiner séparément ce qui s'est passé à Nagar-Aveli et à Dadra. L'Inde a toujours en cette affaire considéré ces deux séries d'événements comme constituant en substance un fait unique. Il existe bien entendu un lien entre eux, mais ils n'en sont pas moins bien distincts.

Dans la soirée du 21 juillet 1954, un groupe d'hommes est entré à Dadra en provenance du territoire indien en vue d'en usurper l'administration. Une mêlée s'en est suivie. Deux officiers portugais ont été tués. La résistance des Portugais a été vaincue et leur contrôle évincé.

Le 13 juin 1954, les autorités indiennes avaient interrompu le transit des véhicules entre Damao et les enclaves. Le 17 juillet 1954, l'Inde avait « décidé d'apporter certaines modifications aux conces-

concessions hitherto granted to the Portuguese administration at Daman and Nagar-Aveli" with immediate effect. A number of new restrictions were imposed, the most important of which was that "the transport of firearms, and ammunition and military stores by a Portuguese officer, or intended for the Portuguese India Government, passing through Indian territory, will be prohibited". On the day preceding 21 July the Governor of Daman, proceeding to Dadra, was prevented from crossing the border. The Indian explanation is that he had merely been asked to submit certain clarifications regarding his return visa, that he had refused to give them and said he would obtain separate visas for the outward and return journeys. This he did, and he passed through to Dadra on 21 July. At the same time, on 20 July 1954, a bus on the regular service between Daman and Nagar-Aveli was forced to return when it was nearing Dadra.

It is stated by India that "in April 1954 the position in regard to travel between Portuguese possessions and India was that Goans who were not in the service of the Portuguese Government could enter Indian territory without formalities and freely move within it; and that Indian nationals also could enter the Portuguese possessions without requirement of passport and visa, but were required to report to the police authorities within a certain time of arrival and were subject to inspection of identity certificates. Portuguese Europeans and Portuguese native subjects who were in the service of the Portuguese Government were required to produce 'Guias' or passports having a visa for entry in or transit through India. *There was no ban on such entry or transit right up to the date of the insurrection in Dadra.* The day before the insurrection in Dadra, that is, on 21 July 1954, the Governor of Daman had been allowed to enter Indian territory and proceed to Dadra and to complete the return journey on the strength of visas granted by the Indian Government. *After the insurrection in Dadra, the Indian Government ceased to grant visas to Portuguese Europeans or to native subjects in the service of the Portuguese Government wishing to go to Dadra and Nagar-Aveli.*" (Indian Counter-Memorial, para. 211.)

On 26 July the Portuguese Government requested that delegates of the Governor of Daman (if necessary limited to three) should be permitted to go to Nagar-Aveli in order to enter into contact with the population, examine the situation and take the necessary measures on the spot. The request stated that if possible this delegation would also visit Dadra and examine the situation there. It mentioned that the delegation could be routed directly to Nagar-Aveli from Daman and need not necessarily pass through Dadra. This request was refused (Annex 52 to Memorial).

sions octroyées jusqu'à présent à l'administration portugaise de Damao et de Nagar-Aveli », ces modifications entrant en vigueur immédiatement. Elle imposait un certain nombre de nouvelles restrictions, dont la plus importante était la suivante: « Le transport à travers le territoire indien d'armes à feu, de munition, et de fournitures militaires par un officier portugais, ou pour le compte du Gouvernement de l'Inde portugaise, sera interdit ». La veille du 21 juillet, on a interdit au gouverneur de Damao, qui se rendait à Dadra, de traverser la frontière. Selon la thèse indienne, on lui avait simplement demandé de donner certaines précisions au sujet de son visa de retour; il s'y était refusé, déclarant qu'il obtiendrait des visas séparés pour les voyages aller et retour, ce qu'il fit, et il traversa la frontière à destination de Dadra le 21 juillet. En même temps, le 20 juillet 1954, un autocar du service régulier entre Damao et Nagar-Aveli a été contraint de faire marche arrière alors qu'il approchait de Dadra.

L'Inde déclare: « En avril 1954, la situation en matière de voyage entre les possessions portugaises et l'Inde était la suivante: les Goanais qui n'étaient pas fonctionnaires du Gouvernement portugais pouvaient pénétrer sur le territoire indien sans formalités et s'y déplacer librement; les ressortissants indiens pouvaient également pénétrer dans les possessions portugaises sans passeport ni visa obligatoires, mais devaient se présenter aux autorités de police dans un certain délai à partir de leur arrivée et étaient soumis à l'inspection de leurs papiers d'identité... Les Portugais d'origine européenne et les sujets portugais indigènes employés au service du Gouvernement portugais devaient présenter des « guías » ou passeports munis d'un visa d'entrée ou de transit en Inde. *Cette entrée ou ce transit ne firent l'objet d'aucune interdiction jusqu'au moment de l'insurrection de Dadra.* La veille de l'insurrection de Dadra, c'est-à-dire le 21 juillet 1954, le gouverneur de Damao avait été autorisé à entrer en Inde pour se rendre à Dadra et en revenir sur la foi de visas accordés par le Gouvernement indien. *Après l'insurrection de Dadra, le Gouvernement indien cessa d'accorder des visas aux Portugais d'origine européenne ou aux sujets portugais indigènes au service du Gouvernement portugais et désirant aller à Dadra et à Nagar-Aveli.* » (Contre-mémoire du Gouvernement de l'Inde, par. 211.)

Le 26 juillet, le Gouvernement portugais a demandé que des délégués du gouverneur de Damao (au besoin limités au nombre de trois) soient autorisés à se rendre à Nagar-Aveli afin d'entrer en contact avec la population, d'examiner la situation et de prendre sur place les mesures nécessaires. La demande précisait que, si possible, cette délégation se rendrait également à Dadra pour y étudier la situation. La délégation pourrait cependant se rendre directement de Damao à Nagar-Aveli sans nécessairement passer par Dadra. Il n'a pas été fait droit à cette demande (annexe 52 au mémoire).

This was prior to any occurrences in Nagar-Aveli. It was not until 29 July that the first event which led during August to the overthrow of Portuguese authority in Nagar-Aveli occurred. Up to 29 July conditions within Nagar-Aveli were normal.

From the time of the events in Dadra and thenceforward the passage of all Portuguese civil officials or employees to either of the enclaves was banned. All passage was refused. In my opinion the banning of all transit by and the stopping of all further visas to Portuguese civil officials, whether native or European, followed by the refusal to permit the passage of these few delegates—the refusal of all passage to the enclaves—was in breach of India's international obligation in relation to Portugal's right of passage, unless it can be excused as within the qualification to Portugal's right which permitted India to regulate and control its exercise.

* * *

India contends that to have granted passage could have resulted in increased tensions and could have led to undesirable consequences.

It is relevant to observe that India did not purport in any way to regulate and control any right of Portugal to passage. Her attitude is that no such right existed.

If India had in fact purported to regulate and control Portugal's right of passage, it would have been relevant to enquire whether the action taken by India was in reality a regulation or control of the right of passage, or was directed to another and different purpose. It would have been relevant to enquire whether it was in fact directed to control and regulation as such, or whether it was directed to the right of passage as such so as to render it nugatory. India cannot be in any better position in this case than she would have been had she purported to have regulated and controlled Portugal's right of passage.

In my opinion, the key to the question whether its actions were or were not a breach of its obligation to conduct itself in consonance with the international right acquired by Portugal, is to be found in the conduct of India and the series of progressive restrictions on passage imposed by it since 1953. The refusal to grant visas to any civil officials after the incursion into Dadra and the refusal to permit the passage to Nagar-Aveli of but a few delegates of the Governor of Daman cannot be seen in isolation. They were part of the pattern already formed by the past.

An examination of the evidence forces me to the conclusion that the dominant purpose of India immediately after the events at Dadra, to which all other considerations were subordinated, was to

Tout cela s'est produit avant que quoi que ce soit n'eut lieu à Nagar-Aveli. C'est seulement le 29 juillet qu'est survenu le premier événement qui a abouti dans le courant du mois d'août au renversement de l'autorité portugaise à Nagar-Aveli. Jusqu'au 29 juillet, la situation y est restée normale.

Depuis les événements de Dadra, le passage de tous les fonctionnaires ou employés civils portugais à destination de l'une ou l'autre des enclaves est interdit. Tout passage a été refusé. A mon avis, l'interdiction de tout passage et le refus de tout nouveau visa aux fonctionnaires civils portugais tant indigènes qu'européens, suivi du refus d'autoriser le passage demandé pour quelques délégués — le refus d'autoriser tout passage à destination des enclaves a constitué un manquement de l'Inde à ses obligations internationales correspondant au droit de passage du Portugal, à moins qu'on ne puisse excuser cet acte en admettant qu'il relève de la restriction frappant le droit du Portugal et soumettant son exercice à la réglementation et au contrôle de l'Inde.

* * *

L'Inde soutient qu'en accordant le passage on aurait risqué d'accroître la tension et d'aboutir à des conséquences fâcheuses.

Il convient d'observer que l'Inde ne prétendait aucunement réglementer ou contrôler le droit de passage du Portugal. Son attitude est que ce droit n'existait pas.

Si l'Inde avait en fait prétendu réglementer et contrôler le droit de passage du Portugal, il aurait été nécessaire de rechercher si les mesures prises par elle étaient en réalité une réglementation ou un contrôle du droit de passage, ou si elles avaient un but autre et différent. Il aurait été nécessaire de rechercher s'il s'agissait en fait d'un contrôle et d'une réglementation comme tels, ou si la mesure visait le droit de passage en soi, de manière à le contrecarrer. Dans ce cas, l'Inde ne saurait être dans une position meilleure que si elle avait prétendu réglementer et contrôler le droit de passage du Portugal.

A mon avis, la clé de la question de savoir si les mesures étaient ou non contraires à l'obligation de se conformer au droit international acquis par le Portugal se trouve dans la conduite de l'Inde et la série de limitations progressives qu'elle a imposées au droit de passage depuis 1953. Le refus d'accorder des visas à aucun fonctionnaire civil après l'incursion à Dadra et le refus d'autoriser le passage à Nagar-Aveli de quelques délégués du gouverneur de Damao ne doivent pas être examinés isolément. Ce sont des faits qui entrent dans un contexte historique.

L'examen des preuves m'oblige à conclure que le but dominant de l'Inde immédiatement après les événements de Dadra, but auquel étaient subordonnées toutes autres considérations, était d'inter-

exclude the Portuguese thenceforth from any further access to the enclaves. For reasons unconnected with any question of regulation or control of passage as such or of any right of passage, it was not prepared to permit civil officials or any organ of Government to pass to the enclaves under any circumstances and acted accordingly. By India's actions Nagar-Aveli became isolated from the Portuguese authorities at Daman before the events which occurred there had taken place, and has, in the events which have happened, continued to be so ever since.

The qualification of Portugal's right making it in its exercise subject to India's control and regulation affords in the circumstances no protection to India. Breach of its international obligation has been established. In my opinion the Court should have so found and should then have proceeded to consider the resulting situation, and the contentions advanced by India to the effect that any obligations with regard to passage binding on it in July 1954 should be regarded as having lapsed or become unenforceable against it as a result of events and circumstances which have since occurred.

(Signed) Percy SPENDER.

dire à l'avenir aux Portugais tout accès aux enclaves. Pour des raisons sans aucun rapport avec une réglementation ou un contrôle quelconques du passage comme tel ou d'un droit de passage, l'Inde n'était pas disposée à autoriser les fonctionnaires civils ou un agent quelconque du Gouvernement à se rendre aux enclaves quelles que fussent les circonstances, et elle agissait en conséquence. Les actes de l'Inde avant les événements qui se sont produits à Nagar-Aveli ont isolé cette région des autorités portugaises à Damao, et cet isolement s'est maintenu depuis lors.

La condition qui subordonne, dans son exercice, le droit du Portugal au contrôle et à la réglementation de l'Inde ne fournit ici aucun argument à l'Inde. Il est démontré que celle-ci a violé son obligation internationale. A mon avis, c'est ce que la Cour aurait dû constater, et elle aurait alors dû procéder à l'examen de la situation qui en est résulté et des thèses invoquées par l'Inde tendant à ce que toute obligation relative au passage qui pouvait lui incomber en juillet 1954 devait être considérée comme caduque ou comme ne lui étant plus opposable à la suite des circonstances et des événements survenus depuis lors.

(Signé) Percy SPENDER.