

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-

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

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. 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

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).

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; duplicative, 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

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.

* * *

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.

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

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

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

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

ont reconnu la souveraineté portugaise sur les enclaves, reconnaissance qui pourtaut 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

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.

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.

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-

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 « guias » 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).

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-

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.