

OPINION DISSIDENTE DE M. FERNANDES

La Cour donne satisfaction en partie à la demande du Portugal. Elle reconnaît que quand l'Inde a décidé de s'opposer aux communications entre les territoires portugais de Damao, de Dadra et de Nagar-Aveli, le Portugal avait un droit de passage sur territoire indien pour assurer ces communications dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli. Mais la Cour entend que ce droit comprend seulement le transit des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général et non celui des forces armées, de la police armée et des armes et munitions. Je ne peux pas être d'accord avec cette différenciation qui me paraît artificielle et non fondée, en fait comme en droit. Et par conséquent, je suis aussi en désaccord avec la conclusion, à laquelle arrive l'arrêt, que l'Inde n'a pas agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit du Portugal.

I

1. Je ferai quelques observations préliminaires.

A la base de la présente affaire est le fait essentiel que le Portugal est souverain des deux enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli, situées à l'intérieur du territoire de l'Inde. L'arrêt repose sur ce fait essentiel et il constate: *a*) que l'autorité exclusive du Portugal sur ces enclaves ne fut jamais mise en cause; *b*) que la souveraineté portugaise sur elles fut reconnue par les souverains qui se sont succédé sur le territoire circonvoisin, c'est-à-dire les Britanniques, entre 1818 et 1947, et l'Inde depuis son indépendance.

Il paraît évident que la souveraineté portugaise sur les enclaves n'aurait pu subsister pendant tout ce temps-là et ne pourrait plus subsister aujourd'hui que sous la condition de l'existence d'un droit de transit au profit du Portugal et de l'obligation correspondante à la charge de l'Inde; droit et obligation dont le but est d'assurer les communications indispensables avec les enclaves, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté dont elles relèvent.

Telle est donc la situation de fait et de droit qui domine tout le procès: la souveraineté portugaise indiscutée sur les enclaves et l'impossibilité de l'exercer sans un droit de transit.

La Cour arrive à la conclusion que le Portugal est bien le titulaire d'un droit de transit pour communiquer avec les enclaves, mais avec une restriction: que ce droit comprend le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise

DISSENTING OPINION OF JUDGE FERNANDES

[*Translation*]

The Court in part gives satisfaction to the claim of Portugal. It recognizes that when India decided to oppose the communications between the Portuguese territories of Daman, Dadra and Nagar-Aveli, Portugal had a right of passage over Indian territory to ensure these communications to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli. But the Court takes the view that this right relates only to the transit of private persons, civil officials and goods in general and not to that of armed forces, armed police and arms and ammunition. I cannot agree with that differentiation, which appears to me to be artificial and unfounded, in fact and in law. I am consequently in disagreement also with the conclusion reached in the Judgment, that India has not acted contrary to its obligations resulting from Portugal's right.

I

1. I have first a few observations to make.

Underlying the present case is the essential fact that Portugal is sovereign of the two enclaves of Dadra and Nagar-Aveli situated inside Indian territory. The Judgment rests upon that essential fact and it finds (*a*) that the exclusive authority of Portugal over these enclaves was never questioned and (*b*) that Portuguese sovereignty over them was recognized by the successive rulers of the surrounding territory, that is to say, the British from 1818 until 1947 and India after it gained its independence.

It is evident that Portuguese sovereignty over the enclaves could not have existed all that time and could not continue to exist today if there were no right of transit in favour of Portugal and no corresponding obligation incumbent on India; the purpose of that right and obligation is to ensure the essential communications with the enclaves to the extent necessary for exercise of the sovereignty upon which they depend.

Such then is the situation of fact and of law which governs the whole case: unquestioned Portuguese sovereignty over the enclaves and the impossibility of exercising it without a right of transit.

The Court arrives at the conclusion that Portugal is indeed the possessor of a right of transit for communication with the enclaves, but with one restriction: that right includes the passage of private persons, civil officials and goods in general to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over these territories,

sur ces territoires, mais il ne comprend pas le passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions.

La souveraineté sur un territoire quelconque implique le pouvoir d'y exercer la puissance publique. Elle implique le droit et l'obligation d'y assurer, *manu militari*, s'il le faut, le maintien de l'ordre intérieur. Elle implique enfin l'exercice de la fonction de police. Comment, dans les circonstances concrètes des enclaves portugaises, ce pouvoir, ce droit, cette obligation, cette fonction seraient-ils exercés si un droit d'accès aux enclaves n'est pas reconnu pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions?

2. Le Portugal revendique un droit de passage *global* pour ce qui est nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves. Plus d'une fois, au cours de la procédure, ses conseils ont mis en relief cet aspect de la revendication portugaise. « Ce droit — disaient-ils, par exemple, à l'audience du 25 septembre 1959 —, ce droit doit être envisagé d'une façon globale, par rapport à son but, à savoir : assurer les liaisons avec les enclaves dans la mesure nécessaire à l'exercice effectif de la souveraineté portugaise sur celles-ci » (Procédure orale (fond), vol. I, p. 110).

Il est vrai que les Parties ont traité séparément dans le procès du transit des personnes et des biens, aussi bien que de celui des forces armées, de la police et des armes. Mais cela n'était qu'une méthode d'exposition, pour l'examen cas par cas, de la pratique qui aurait été à l'origine de la formation d'une coutume locale et n'avait autre intérêt que celui de démontrer que la réglementation de l'exercice du droit était variable selon les diverses catégories qui en forment le contenu.

Dans ses conclusions finales, le Portugal présente sa revendication à un droit de passage *in toto* et l'Inde la conteste de la même façon.

Par ces motifs je ne suis pas d'accord avec la méthode qui a été suivie, consistant à analyser séparément la demande portugaise selon les diverses catégories traitées dans l'arrêt : les personnes privées, les fonctionnaires civils, les marchandises en général, les forces armées, la police armée et les armes et munitions.

Ces catégories se rapportent aux modalités de l'exercice du droit de transit ; elles peuvent intéresser sa réglementation ; modalités et réglementation que le Portugal admet qu'elles relèvent de la compétence exclusive de l'Inde.

Pour ce qui est, particulièrement, des forces armées, de la police armée et des armes et munitions, le Portugal a bien précisé qu'il ne revendiquait autre droit que celui de faire passer vers les enclaves les éléments de la force publique indispensables au maintien de l'ordre intérieur, c'est-à-dire à l'exercice de la fonction de police. « Le droit de passage revendiqué par le Portugal — a-t-on dit à l'audience du 1^{er} octobre 1959 — est limité sans aucun doute possible aux éléments de la force publique chargés de maintenir

but does not include the passage of armed forces, armed police and arms and ammunition.

Sovereignty over any territory implies the capacity to exercise public authority in that territory. It implies the right and the obligation to maintain order there, if necessary *manu militari*. Lastly it implies the discharge of police duties. In the particular case of the Portuguese enclaves, how would that authority, that right and obligation and those duties be exercised if a right of access to the enclaves were not recognized for armed forces, armed police and arms and ammunition?

2. Portugal is claiming a *total* right of passage in respect of what is necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves. Portuguese Counsel more than once emphasized this aspect of the Portuguese claim. They said, for example, at the hearing on 25 September 1959: "that right must be viewed in the round, in relation to its purpose, which was to ensure liaison with the enclaves to the extent necessary for the effective exercise of Portuguese sovereignty" (Oral Proceedings (Merits), Vol. I, p. 110).

It is true that the Parties dealt separately in the case with the transit of persons and goods and also with that of armed forces, police and arms. But that was only a method of exposition in order to examine case by case the practice which is said to have led to the creation of a local custom and its only purpose was to show that the regulation of the exercise of the right varied according to the different categories to which the right applied.

In its final Submissions Portugal presents its claim to a right of passage *as a whole* and India disputes it in the same fashion.

For these reasons I am not in agreement with the method that has been followed of making a separate analysis of the Portuguese claim according to the various categories dealt with in the Judgment: private persons, civil officials, goods in general, armed forces, armed police and arms and ammunition.

These categories relate to the ways in which the right of transit can be exercised, and may affect its regulation; Portugal admits that these ways of exercise and this regulation are matters within the exclusive jurisdiction of India.

With particular regard to armed forces, armed police and arms and ammunition Portugal has made it plain that the only right it claimed was to send into the enclaves the elements of the public forces necessary for the maintenance of order, that is, for the discharge of police duties. "There is no doubt whatsoever", it was said at the hearing of 1 October 1959, "that the right of passage claimed by Portugal is limited to certain elements of the public forces responsible for maintaining order." That duty may sometimes

l'ordre. » Cette fonction peut être, parfois, confiée à des forces qui ne tombent pas sous l'appellation ordinaire de police, y inclus à des éléments de l'armée, mais cela ne change pas le fait essentiel qu'elles exercent une fonction de police. Pour le droit international, ce qui compte est la fonction et non l'organisation administrative de la force publique, qui est une matière de la compétence exclusive de l'État. Cette considération est importante pour bien comprendre la nature et le contenu du droit revendiqué par le Portugal.

Naturellement, la force publique se compose du personnel et du matériel. C'est une force armée. On ne saurait concevoir un droit de passage pour des forces armées ... sans armes.

3. La troisième et dernière observation préliminaire que je voudrais faire est qu'il me paraît que le Portugal ne s'est pas adressé à la Cour pour obtenir la reconnaissance d'un droit qu'il aurait eu dans le passé. Dans ses conclusions finales du 6 octobre 1959, il prie la Cour de dire et juger « que le droit de passage ... *existe* au profit du Portugal et *doit être respecté* par l'Inde ». Existe et doit être respecté, c'est dire, dans le temps présent, le jour où les conclusions ont été déposées.

Ce n'est pas seulement pour obtenir une satisfaction morale que le Portugal a introduit l'instance. Il l'a fait pour se voir reconnaître un droit actuel, dont il se croit toujours titulaire, même s'il admet que dans certaines circonstances son exercice pourrait être considéré comme suspendu.

4. Les faits qui ont été démontrés par le moyen d'une très abondante documentation jointe au procès, en ce qui concerne le transit d'éléments de la force publique entre Damao et les enclaves, sont indiqués aux paragraphes suivants.

5. Une première constatation générale résulte, sans le moindre doute, de l'examen des preuves: le transit des éléments de la force publique entre les trois parcelles qui forment le district portugais de Damao s'est effectué, pour ainsi dire, quotidiennement, sans aucune obstruction, depuis l'acquisition des enclaves par le Portugal en 1783 et 1785 jusqu'en juillet 1954. C'est seulement à cette dernière date que, pour la première fois dans l'histoire, ce transit fut empêché par le Gouvernement de l'Inde. Avant cela il n'a pas été révélé un seul cas d'un refus de passage à ces organes de la force publique portugaise, soit pour des éléments isolés, soit pour des détachements plus ou moins nombreux. Voilà ce qui est très significatif.

6. Le transit de la force publique fut exercé comme de droit dans la période mahratte (1785-1818).

Une des questions les plus longuement débattues par les Parties dans le procès a porté sur la nature juridique de la concession faite par les Mahrattes aux Portugais par un traité de 1779.

Le Portugal soutient que ce traité lui a conféré la souveraineté sur les territoires qui forment les enclaves de Dadra et Nagar-Aveli.

be entrusted to forces not part of what is usually called police, including military elements, but that does not alter the essential fact that they are performing a police duty. From the point of view of international law, what matters is the function and not the administrative organization of the public force, which is a matter within the exclusive competence of the State. This consideration is important to a proper understanding of the nature and content of the right claimed by Portugal.

The public force consists of course of personnel and of material. It is an armed force. A right of passage for armed forces—with no arms—is inconceivable.

3. My third and last preliminary observation is that Portugal, as I see it, did not apply to the Court for recognition of a right it claimed to possess in the past. In its final Submissions of 6 October 1959 it asks the Court to adjudge and declare "that the right of passage ... *is* a right possessed by Portugal and which *must be respected* by India". "Is a right" and "must be respected", that is to say at the present time, on the day on which the Submissions were filed.

Portugal did not institute proceedings merely in order to obtain moral satisfaction. It did so in order to secure recognition of an existing right, a right which it believes that it still possesses even though it admits that in certain circumstances its exercise might be held to be suspended.

4. The facts regarding the passage of elements of the public forces between Daman and the enclaves, facts which were illustrated by an abundance of documents filed with the Court, are indicated in the following paragraphs.

5. Examination of the evidence permits of one general statement which is certain beyond doubt: these elements of the public forces passed between the three pieces of territory forming the Portuguese district of Daman practically daily, with no obstruction at all, from the time when the enclaves were acquired by Portugal in 1783 and 1785 until July 1954. It was not until this last date that, for the first time in history, this transit was prevented by the Government of India. Until then these organs of the Portuguese public force had in no single case been refused passage, whether they were individuals or whether they were in more or less large parties. That is highly significant.

6. In the Maratha period (1785-1818) passage of the public forces was effected as a right.

A question discussed at great length by the Parties during the proceedings dealt with the legal character of the concession granted by the Marathas to the Portuguese under a treaty of 1779.

Portugal argues that this treaty conferred upon it sovereignty over the territories making up the enclaves of Dadra and Nagar-

L'Inde conteste cette thèse et affirme que la concession faite par le traité était celle d'une tenure féodale appelée *saranjam* ou *jagir* accordant simplement au Portugal le droit de percevoir certains revenus fiscaux dans les enclaves.

La Cour donne raison à l'Inde.

Je ne suis pas d'accord, mais je ne vais pas allonger le présent exposé avec la discussion de ce problème, puisque cela ne me semble pas nécessaire pour établir l'existence, aujourd'hui comme dans le passé, du droit de transit revendiqué par le Portugal pour sa force publique.

Il me suffit de vérifier que la Cour a constaté que le Portugal est, depuis une longue date, le souverain incontesté des enclaves. C'est ce qui intéresse pour arriver à déterminer si le Portugal a le droit qu'il revendique. Le mode de l'acquisition de la souveraineté portugaise n'a qu'une valeur secondaire pour cette démonstration. Elle existe, c'est tout ce qu'il faut retenir.

7. Le fait que je m'abstiens de m'arrêter sur la question de la nature juridique de la concession opérée par le traité de 1779 en faveur des Portugais ne m'empêche toutefois pas de répéter l'affirmation que j'ai faite ci-dessus : que le transit des forces armées fut exercé comme un droit dans la période mahratte, depuis le jour même où les Portugais ont pris possession des enclaves.

Même si l'on admet que les Portugais ont obtenu des Mahrattes un simple *saranjam*, toute la documentation et les autorités invoquées dans le procès par le Gouvernement de l'Inde démontrent qu'une telle tenure était assortie de très larges pouvoirs. Ce n'est pas sans raison qu'on lui a attribué un caractère féodal. Elle ne conférait pas seulement au *saranjamdar* (le bénéficiaire du *saranjam*) le droit de percevoir les revenus fiscaux, mais aussi le droit et le devoir d'administrer le territoire dans la plus large mesure. La souveraineté du *Peshwa* restait presque purement nominale. Du reste, comme il a été démontré, la souveraineté dans ces temps et dans ces lieux avait un très faible contenu. Son attribut essentiel était celui de recouvrer des impôts.

8. Par un accord de 1785, destiné à régler certaines questions découlant de la remise des villages aux Portugais, furent reconnus à ceux-ci pleins pouvoirs sur ces villages. Pouvoirs souverains dirai-je; pouvoirs de *saranjamdar* diront ceux qui ne partagent pas mon opinion sur la portée du traité de 1779. Peu importe. Ce qui intéresse — et cela personne ne peut le nier, en face des termes exprès de l'accord de 1785 et des *sanads* ultérieurs —, c'est que les Portugais ont reçu la pleine administration et juridiction sur les territoires cédés avec les pouvoirs de percevoir les impôts, d'appliquer la justice, de poursuivre les criminels, de maintenir l'ordre, d'étouffer les révoltes, etc.

Il s'ensuit nécessairement qu'en accordant ces pouvoirs aux Portugais, les Mahrattes leur ont implicitement reconnu le droit

Aveli. India contests this argument and maintains that the concession granted by the treaty was a feudal tenure known as a *saranjam* or *jagir* granting to Portugal only the right to collect certain fiscal revenues in the enclaves.

The Court accepts the Indian thesis.

I do not agree, but I do not propose to prolong this opinion by a discussion of this question, since it seems to me unnecessary in order to establish the existence, today as in the past, of the right of passage claimed by Portugal for its public forces.

It is sufficient for my purpose to record the Court's finding that Portugal has been for a long time the undisputed sovereign of the enclaves. That is what is important in order to determine whether Portugal possesses the right it claims. How Portuguese sovereignty was acquired is of minor importance in this demonstration. It exists and that is all that matters.

7. Nevertheless, the fact that I refrain from discussing the legal character of the concession accorded to the Portuguese by the Treaty of 1779 does not prevent me from repeating the statement already made, namely that the passage of armed forces was exercised as a right throughout the Maratha period from the very day on which the Portuguese took possession of the enclaves.

Even granted that the Portuguese obtained from the Maratha a simple *saranjam*, all the documents and authorities cited in the case by the Government of India show that that tenure carried with it very wide powers. There is good reason for ascribing to it a feudal character. It conferred on the *saranjamdar* (the holder of the *saranjam*) not only the right to collect taxes, but also the right and the duty to administer the territory in the widest sense. The Peshwa's sovereignty was hardly more than nominal. Moreover, it has been shown that in those days and in those territories sovereignty amounted to very little. Its essential attribute was the collection of taxes.

8. An agreement of 1785, intended to settle certain questions arising out of the transfer of the villages to the Portuguese, acknowledged in their favour full powers over these villages. Sovereign powers, as I call them; *saranjamdar* powers, according to those who do not share my opinion on the scope of the 1779 Treaty. The point is of small importance. What matters—this no one can deny in view of the express terms of the 1785 Agreement and the later *sanads*—is that the Portuguese were given full administration and jurisdiction over the territories transferred with authority to collect taxes, administer justice, pursue criminals, maintain order, suppress rebellions, etc.

It follows as a necessity that, by granting these powers to the Portuguese, the Marathas implicitly recognized in their favour the

de passage indispensable pour les exercer. Et ce droit ne saurait se limiter au passage des personnes privées, des fonctionnaires et des marchandises. Il fallait bien, pour maintenir l'ordre, étouffer les révoltes, etc., que le droit de passage comprenait la force publique avec tout ce qui lui était nécessaire pour accomplir sa fonction. Cela est logique et ne requiert plus de démonstration. Le dossier fournit la preuve que le droit de passage pour la force publique fut normalement exercé au temps des Mahrattes, même pour défendre les enclaves d'incursions militaires des Mahrattes eux-mêmes (mémoire, annexes 9 à 13; réplique, annexes 42 et 43).

9. Alors se pose la question : ce droit de transit (dans l'hypothèse qu'il s'agirait simplement de *saranjam*) qu'est-il devenu après que les Portugais accédèrent à la souveraineté pleine sur les enclaves ? Aurait-il disparu du fait de cet accès ? Ceci serait une conclusion absurde. Le renforcement du titre sous lequel les Portugais exerçaient leur autorité exclusive sur les enclaves (comme le reconnaît l'arrêt) ; le passage d'un titre mineur et imparfait — le *saranjam* — à un titre majeur et parfait — la souveraineté — ne saurait en aucune façon anéantir le droit qui existait déjà sous le titre mineur. Tout au contraire, cette évolution ou transformation du titre aurait porté ses reflets dans le même sens de renforcement, sur le droit de passage. Celui-ci serait devenu plus dense dans son contenu et plus impératif dans sa force en se transformant d'un droit destiné à l'exercice des pouvoirs de *saranjamdar* en un droit destiné à l'exercice de la souveraineté. C'est tout ce qu'il faut dire sur les faits et leur implication en droit dans la période mahratte.

10. Pour ce qui est des périodes britannique et post-britannique, en dehors du fait que j'ai signalé ci-dessus que le passage de la force publique fut toujours exercé sans un seul exemple d'obstruction, il faut rappeler les faits suivants :

a) Avant la mise en vigueur du traité anglo-portugais de 1878, le transit d'éléments de la force armée et de la police ne dépendait d'aucune autorisation. Cela est admis par le Gouvernement de l'Inde au paragraphe 333 de la duplique, où il est dit :

« ... 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. »

J'ai seulement à observer que si un tel accord existait, c'était bien un accord tacite (dont naît la coutume) puisqu'aucune trace n'existe d'un accord exprès.

b) L'article XVIII du traité anglo-portugais de 1878 stipulait que les forces armées de l'une des Parties n'entreraient dans les domaines de l'autre en Inde sans une demande formelle à cet effet. La police pouvait entrer sans cette demande seulement quand elle poursuivait des criminels ou des contrebandiers.

right of passage indispensable for the exercise of those powers. Nor could that right be limited to the passage of private persons, officials and goods. To maintain order, suppress revolt, etc., the right of passage had necessarily to include the public forces with all that they needed in order to carry out their duty. That is only logical and needs no further proof. The records supply evidence that the right of passage for the public forces was normally exercised in the Maratha period even to defend the enclaves from military attacks by the Marathas themselves (Memorial, Annexes 9-13; Reply, Annexes 42 and 43).

9. The question then arises, what became of this right of transit (assuming that it was only a *saranjam*) after the Portuguese secured full sovereignty over the enclaves? Did it thereby disappear? It would be absurd to suppose so. The reinforcement of the title under which the Portuguese exercised their exclusive authority over the enclaves (admitted in the Judgment), the conversion of an accessory and incomplete title—a *saranjam*—into a complete and principal title—sovereignty—could not possibly expunge the right which already existed under the lesser title. On the contrary, this evolution or alteration of title would have been reflected by a similar reinforcement of the right of passage. This would have acquired a greater content and greater mandatory force in its transformation from a right for the purpose of exercising the powers of a *saranjam-dar* into a right for the purpose of exercising sovereignty. That is all that needs to be said about the facts and their legal implication during the Maratha period.

10. As regards the British and post-British periods, apart from the fact I mentioned above—that the passage of the public forces was always effected without a single case of obstruction—the following facts must be recalled:

(a) Before the coming into force of the Anglo-Portuguese Treaty of 1878, the passage of armed forces and police required no authorization. This is admitted by the Government of India in paragraph 333 of the Rejoinder, which says:

“... The 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 made it unnecessary for a formal request to be made and permission to be granted on each occasion of entry.”

I need only point out that any existing agreement of this kind must have been a tacit one (giving rise to custom), since there is no trace of any express agreement.

(b) Article XVIII of the Anglo-Portuguese Treaty of 1878 stipulated that the armed forces of one of the Parties would not enter into the territories of the other in India without a formal request to do so. Police might enter without that request only in pursuit of criminals or smugglers.

Ces dispositions n'étaient pas, à mon avis, applicables au transit particulier entre Damao et les enclaves. Le dossier contient un nombre considérable de documents (annexes à la réplique nos 50 à 76) montrant que ce transit continua à s'exercer tout au moins jusqu'en 1890, sans besoin d'autorisation.

Ce fut seulement en décembre 1890 (douze ans après la date du traité) que les autorités britanniques estimèrent qu'une autorisation était nécessaire pour le transit d'éléments de la force armée et de la police portugaise entre Damao et les enclaves. Elles agirent de la sorte en représaille contre le fait que les Portugais avaient désarmé un détachement britannique qui avait pénétré dans le territoire portugais de Goa sans autorisation aux termes du traité.

Dans la correspondance échangée sur cet incident, le gouverneur général de l'Inde portugaise déclarait que « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable ». Mais le fait que trois lignes plus bas le même gouverneur général ajoute que « cette pratique a été observée depuis des siècles », alors que le voisinage des enclaves avec le territoire britannique n'avait duré que 72 ans, oblige à penser que le gouverneur général ne se référait point au transit entre Damao et les enclaves, mais au cas général de l'entrée des Portugais en territoire britannique à partir de leurs possessions plus anciennes dans l'Hindoustan.

En tout cas, il est significatif que la police britannique, se référant à la lettre du gouverneur portugais, affirmait en 1891 qu'elle « n'avait pas d'instructions ... pour empêcher la police armée du Gouvernement portugais de passer sans autorisation à travers le territoire britannique dans l'exercice de ses fonctions ». Et elle ajoutait : « Le *superintendent* de la police du district est d'opinion que les arrangements à présent en vigueur devraient continuer. » De sa part, le commissaire du district du Nord manifestait son accord avec la police en ce que « ces arrangements étaient convenables et devraient être continués » (annexes à la duplique, p. 223). Ceci démontre qu'il y avait des arrangements particuliers pour le transit de la police armée entre Damao et les enclaves et que ces arrangements permettaient le passage sans autorisation, contrairement à la règle de l'article XVIII du traité de 1878.

c) Dans la période postérieure à la dénonciation de ce traité, en 1892, la pratique a considérablement varié. Par un accord de 1913, il fut établi que la police de chacune des Parties pouvait traverser le territoire de l'autre moyennant avis préalable (pas d'autorisation). De la correspondance qui a mené à cet accord et qui est reproduite pages 305 à 309 du volume II du contre-mémoire, on déduit que l'accord confirmait la pratique antérieure dans le sens qu'une notification préalable était suffisante.

Un accord de 1920 exigeait une autorisation préalable pour le transit de la police armée au-dessous d'un certain rang. (Annexe indienne C. n° 56.) C'est la première fois que cette exigence apparaît

These provisions did not in my opinion apply to the particular passage between Daman and the enclaves. The records contain a large number of documents (Reply, Annexes 50-76) showing that this passage continued to take place, at any rate until 1890, with no need for an authorization.

It was only in December 1890 (twelve years after the date of the treaty) that the British authorities considered that permission was necessary for the transit of armed troops and of Portuguese police between Daman and the enclaves. They adopted this attitude by way of reprisal against the Portuguese action in disarming a British detachment which had entered the Portuguese territory of Goa without permission in accordance with the treaty.

In the correspondence which passed with regard to this incident, the Governor-General of Portuguese India stated that "Portuguese troops never cross British territory without previous permission". But the fact that the same Governor-General adds three lines lower down that: "For centuries has this practice been followed", whereas the enclaves had been contiguous to British territory for only 72 years, obliges us to suppose that the Governor-General was not referring to transit between Daman and the enclaves, but to the general case of entry by the Portuguese into British territory from their earlier possessions in the Indian Peninsula.

In any event, it is significant that the British police, with reference to the Portuguese Governor's letter, declared in 1891 that they had "no orders to prevent armed men of the Portuguese Government ... from passing through British territory on duty" without obtaining permission. And they added: "The Superintendent of Police is of opinion that the present arrangements should be allowed to continue." The Northern District Commissioner expressed his agreement with the police that "the present arrangement is convenient and might be allowed to continue" (Rejoinder, Annexes, p. 223). This shows that there were special arrangements for the passage of armed police between Daman and the enclaves and that these arrangements allowed passage without permission in derogation from the rule in Article XVIII of the Treaty of 1878.

(c) In the period which followed the denunciation of the Treaty in 1892, the practice varied considerably. An agreement of 1913 established that the police of each Party might cross the other's territory on previous notification (no authorization). From the correspondence which led to that agreement, and which is reproduced on pages 305-309 of the Annexes to the Counter-Memorial, it is to be inferred that the agreement confirmed the earlier practice in the sense that previous notification was all that was required.

An agreement of 1920 made passage by armed police below a certain rank subject to prior permission (Indian Annex C. No. 56). This is the first time that this requirement was stated in an agree-

formulée dans un accord entre les Parties après la dénonciation du traité de 1878.

Un autre accord de 1940 dispensait l'autorisation pour les effectifs de police jusqu'à dix hommes et l'exigeait pour des effectifs supérieurs. C'est le seul accord qui fut célébré spécifiquement pour le transit entre Damao et les enclaves. (Annexe indienne C. n° 57.)

11. Si l'on considère donc, dans son ensemble, la pratique suivie pendant 170 ans, on constate que le passage des troupes et de la police armée sans autorisation préalable était la règle et que l'exigence d'une autorisation était l'exception. Cela ne modifie pourtant pas le fait qu'une autorisation était à certaines époques nécessaire. Mais ce fait ne peut pas, à mon avis, autoriser la conclusion que le droit de transit n'existait pas. Je me propose de justifier ce que j'affirme. Pour le moment, je me borne à observer que l'autorisation, quand elle était nécessaire, fut toujours accordée, sans aucune exception, et que les Britanniques n'eurent jamais l'intention de la refuser. Dans une lettre que le gouverneur de l'Inde britannique adressa au gouverneur de l'Inde portugaise, le 9 avril 1891, concernant l'exigence d'une autorisation, il disait que « il n'était pas suggéré que l'autorisation, lorsqu'elle serait demandée pour les hommes armés portugais, ne serait pas accordée conformément à la pratique suivie dans le passé ». (Duplique, vol. II, p. 223.)

12. L'examen des faits révèle aussi que la concession de l'autorisation toutes les fois qu'elle était demandée, reposait sur l'idée que cette concession était obligatoire en vertu d'un droit du Portugal. La variation de la pratique que nous venons d'examiner peut seulement prouver que l'exigence, à certaines époques, d'une autorisation était une prescription purement réglementaire.

Le Portugal revendique un droit qui est soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde. La voilà cette réglementation: très libérale pendant une très longue période, plus stricte plus tard; se contentant à certaines époques d'un simple laissez-passer émis par les autorités mêmes dont relevaient les forces en transit (annexe indienne C. n° 39); exigeant à d'autres époques une notification du passage, quelquefois préalable, quelquefois *a posteriori*; imposant, enfin, à d'autres époques, une demande d'autorisation formelle. On ne saurait soutenir que l'existence du droit aurait, elle aussi, souffert de pareilles vicissitudes.

13. On a beaucoup parlé dans le procès de la distinction essentielle entre le droit et sa réglementation. C'est une idée tellement élémentaire qu'il ne faut pas y insister ici. Comme il ne faut pas, non plus, insister sur la distinction également élémentaire entre avoir un droit et être en condition de l'exercer. Mais ce qui semble nécessaire en face de la doctrine de l'arrêt, c'est de rappeler que s'il y a des autorisations qui sont vraiment constitutives de droits, il y en a beaucoup plus qui ne le sont pas. On ne saurait affirmer

ment between the Parties since the denunciation of the Treaty of 1878.

Another agreement of 1940 waived permission for police forces up to ten men and required it for larger numbers. This is the only agreement specifically concluded for transit between Daman and the enclaves. (Indian Annex C. No. 57.)

11. Accordingly, if the practice followed for 170 years is viewed as a whole, it is found that the passage of troops and armed police without previous permission was the rule and that the need for permission was the exception. That, however, does not alter the fact that permission was needed at certain times. But that does not in my opinion authorize the conclusion that the right of transit did not exist. I desire to justify my statement. For the moment I will only observe that, whenever authorization was needed, it was invariably granted, without exception, and that the British never had any intention of refusing it. A letter sent by the Governor-General of British India to the Governor of Portuguese India on 9 April 1891 concerning the need for an authorization, said that it was not "suggested that permission, when applied for in respect to Portuguese armed men, would not be accorded in consonance with past practice". (Rejoinder, Vol. II, p. 223.)

12. An examination of the facts also reveals that the granting of permission whenever it was requested was based on the idea that the grant of permission was obligatory by virtue of a right of Portugal. The variation in the practice which has just been examined can prove only that the necessity, at certain periods, for an authorization was a purely regulatory requirement.

Portugal is claiming a right which is subject to regulation and control by India. We find that regulation very liberal over a very long period and later on more strict; being sometimes content with a simple pass issued by the Government of the forces in transit (Indian Annex C. No. 39); at other times requiring notification of passage, in some cases made beforehand, in others afterwards; and at yet other times demanding a formal request for permission. It cannot be argued that the very existence of the right was subject to these vicissitudes.

13. Much was said during the proceedings about the essential distinction between the right and its regulation. That is elementary and needs no stressing here. Nor is it necessary to emphasize the equally elementary distinction between the possession of a right and the ability to exercise it. What does need recalling, having regard to the doctrine underlying the Judgment, is the fact that, if there are authorizations which genuinely constitute rights, there are more which do not. It cannot be asserted that the necessity of an authori-

que la nécessité d'une autorisation est la négation même d'un droit qui lui serait antérieur. Une telle affirmation trouverait dans la science juridique un formel démenti.

14. La notion générale d'autorisation se rattache aux distinctions que je viens de mentionner entre le droit et sa réglementation et entre le droit et son exercice. C'est une notion commune à toutes les branches du droit, mais elle trouve son champ d'application le plus large dans le droit public et, tout particulièrement, dans le droit administratif.

15. « L'autorisation est l'acte administratif par lequel l'autorité écarte, cas par cas, les limitations posées par la norme juridique à l'exercice, par un sujet déterminé, d'un droit ou d'un pouvoir qui *préexiste* dans le sujet lui-même, pour exercer une certaine activité ou pratiquer un acte juridique, moyennant appréciation de tel exercice ou de telle pratique par rapport à l'intérêt public dont la tutelle est à la charge de l'autorité » (Ortolani, dans *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, p. 251).

L'autorisation ne crée donc pas le droit. Son exigence ne saurait être assimilée à l'inexistence même du droit. Tout au contraire, elle suppose normalement l'existence d'un droit antérieur.

« Le droit existe avant l'émanation de l'acte permissif », dit De Francesco (*L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, p. 83). Et il ajoute: « L'acte administratif consent simplement à l'exercice de ce qui préexiste » (*ibid.*, p. 88). Et il conclut: « L'acte de l'autorité fonctionne comme condition de l'exercice du droit » (*ibid.*, p. 83).

Voilà, défini dans un mot, ce qu'est l'autorisation: c'est un acte-condition. Ce n'est pas un acte normatif ni un contrat. Elle ne crée pas de droits, elle en conditionne seulement l'exercice.

16. Considérée sous un autre aspect, l'autorisation est un acte de contrôle; de ce contrôle que le Portugal ne refuse pas à l'Inde sur l'exercice de son droit de passage.

« Le contrôle exercé par l'autorisation — dit Donati — ne vise qu'à reconnaître et à déclarer qu'une certaine conduite d'un sujet de droit correspond à certaines déterminantes, normes, principes et fins de l'intérêt à la satisfaction duquel tend l'acte voulu par le sujet. » (Cité par Ortolani, *op. cit.*, p. 253.)

17. La pratique du droit confirme les opinions de la doctrine. On pourrait présenter un très grand nombre d'exemples où une autorisation est nécessaire pour l'exercice d'un droit préexistant, c'est-à-dire où elle fonctionne comme simple acte-condition, ou comme moyen de contrôle de l'observance des règlements et de l'opportunité.

Quelques exemples suffiront.

zation is a negation of a right of more ancient date. Such an affirmation would be flatly contradicted by all jurisprudence.

14. The general notion of authorization is linked with the distinction that I have just mentioned between the right and its regulation and between the right and its exercise. The notion is common to all branches of law, but finds its widest field of application in public law, especially administrative law.

15. "The authorization is the administrative act by which the authority removes in each case the limitations imposed by rules of law upon the exercise, by a given subject, of a right or power *already belonging* to the subject himself to exercise a certain activity or perform a legal act, such exercise or performance being assessed in the light of the public interest which it is the duty of the authority to safeguard." (Ortolani in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. II, p. 251.)

Accordingly, the authorization does not create the right. The necessity for it cannot be made equivalent to non-existence of the right. On the contrary, it normally presumes the existence of an earlier right.

"The right exists before issue of the permissive act", De Francesco says (*L'ammissione nella classificazione degli atti amministrativi*, p. 83). And he adds: "The administrative act simply consents to the exercise of what already exists" (*ibid.*, p. 88). From this he infers: "The act of the authority functions as a condition of the exercise of the right" (*ibid.*, p. 83).

There we have a definition of authorization in one word: it is a conditioning act. It is not an act establishing a norm, nor is it a contract. It does not create rights, it only conditions their exercise.

16. Looked at in another aspect, authorization is an act of control, of that control over the exercise of its right of passage which Portugal admits that India possesses.

"The control exercised by means of the authorization—says Donati—is designed only to recognize and declare that a certain behaviour on the part of a subject of law is in accordance with certain determining factors, rules, principles and objectives of the interest towards the satisfaction of which the act sought by the subject tends." (Quoted by Ortolani, *op. cit.*, p. 253.)

17. Practice confirms doctrinal opinion. A very large number of examples could be given where authorization is necessary for the exercise of a pre-existing right, where it functions as a mere conditioning act or as a means of controlling observance of the regulations and expediency.

A few examples will suffice.

Le droit de propriété sur un terrain implique nécessairement celui d'y construire un édifice. Quelles sont les législations qui n'exigent pas une autorisation pour cette construction, au moins dans les zones urbanisées? Encore plus, quelles sont celles qui ne l'exigent pas aussi pour habiter pour la première fois un édifice qui vient d'être bâti? Comme dit D'Alessio: « celui qui obtient une licence de construction n'obtient l'octroi d'aucun droit qu'il ne possédait auparavant » (Ortolani, *op. cit.*, p. 225).

Le propriétaire est seul seigneur dans son domaine. Mais s'il faut à son voisin y entrer pour cueillir les fruits d'un arbre confinant, celui-là ne peut pas lui refuser son autorisation nécessaire. De même, si le voisin a besoin d'élever des échafauds dans la propriété confinante pour faire une construction ou des réparations dans sa propre propriété. Il s'agit bien là de droits que le voisin possède avant d'obtenir une autorisation. La loi les lui reconnaît; mais la loi aussi fait dépendre l'exercice de ses droits du consentement d'autrui. Ce consentement peut être soumis à des conditions raisonnables, mais il ne peut être simplement refusé. S'il l'est, le juge décidera (Code civil portugais, art. 2314 et 2318).

18. Mais il ne faut pas sortir du domaine du droit international et même de celui du droit conventionnel concernant le transit international pour trouver des exemples qui confirment ce que nous affirmons, que l'exigence d'autorisation ne saurait être assimilée au manque de droit.

19. L'étude du professeur Édouard Bauer jointe au procès par le Portugal afin de prouver qu'un seul cas n'est connu dans l'histoire, depuis le traité de Westphalie, où un droit de passage n'ait pas été reconnu en faveur d'une enclave (y compris le transit des forces armées), cette étude, dis-je, montre que trois régimes ont été adoptés dans les traités pour la réglementation de l'exercice dudit droit.

Parfois une autorisation préalable était nécessaire, parfois une simple notification du passage était suffisante, parfois encore une réglementation très stricte et détaillée était convenue qui rendait inutile la demande d'autorisation. Des exemples du premier cas sont le traité de Munster du 24 octobre 1648 et la paix des Pyrénées conclue le 7 septembre 1659. Dans les deux cas un droit de passage est reconnu en faveur des troupes de Louis XIV pour se rendre aux enclaves françaises de la Lorraine et de l'Alsace, moyennant une demande adressée aux souverains des territoires intermédiaires. « ... *pateatque illac regio militi, quoties postulatam fuerit tutus ac liber transitus* ». Voilà la formule qui était adoptée par le traité de Munster. Elle montre que, même dans le cas d'un droit de transit accordé par un traité, la demande d'une autorisation préalable peut être établie comme condition de l'exercice du droit.

20. L'autorisation, je le répète encore une fois, est un moyen de contrôle. D'où qu'elle peut être dispensée lorsque les parties convien-

The ownership of land necessarily implies the right to build upon it. What legal systems do not require a permit for such building, at least in urban areas? It would be harder still to find any which do not also require a permit to occupy for the first time a building just erected. As D'Alessio says, "The person who obtains a building permit is not granted any right he did not previously possess" (Ortolani, *op. cit.*, p. 225).

The owner is sole lord of his domain. But if his neighbour needs to enter that domain to gather fruit from a tree situated on its border, the owner cannot refuse him the necessary authorization. So, too, if the neighbour needs to erect scaffolding in the boundary area between the two properties in order to put up some building or undertake repairs on his own estate. These are rights which the neighbour possesses before obtaining an authorization. The law recognizes his rights, but it also makes their exercise dependent upon consent by another. That consent can be made subject to reasonable conditions, but it cannot be refused out of hand. If it is, the courts will decide (Portuguese Civil Code, Articles 2314 and 2318).

18. There is however no need to go beyond international law or even beyond treaty law in connection with international transit in order to find instances which confirm what is here asserted, namely that the necessity for an authorization cannot be assimilated to absence of a right.

19. The study by Professor Édouard Bauer submitted to the Court by Portugal in order to show that there has not been a single case in history, since the Treaty of Westphalia, where a right of passage was not recognized in favour of an enclave (including the passage of armed forces), that study, I say, shows that treaties have adopted three systems for regulating the exercise of that right.

Sometimes a prior authorization was necessary, sometimes a mere notification of passage was enough, sometimes again very strict and detailed regulations were agreed upon, which made the request for permission unnecessary. Examples of the first case are the Treaty of Munster of 24 October 1648 and the Peace of the Pyrenees concluded on 7 September 1659. In both these cases a right of passage was recognized for the passage of Louis XIV's troops to the French enclaves of Lorraine and Alsace, subject to a request for permission being addressed to the rulers of the intervening territories. "... *pateatque illac regio militi quoties postulatum fuerit tutus ac liber transitus*". Such was the formula in the Treaty of Munster. It shows that, even where the right of transit is granted by treaty, the request for previous authorization may be laid down as a condition of the exercise of the right.

20. Authorization, I repeat once more, is a method of control. It follows that it can be dispensed with when the Parties agree to

nent d'établir un autre moyen de contrôle qui soit également efficace. C'est le cas de la convention germano-polonaise concernant la liberté de transit, signée à Paris le 21 avril 1921. Le transit militaire entre la Prusse orientale et le reste de l'Allemagne, à travers la Pologne, y est réglementé avec une telle rigueur et un tel détail que toute autorisation devenait inutile. Il y aurait un train militaire une fois par semaine pour le personnel et un autre, différent, pour l'armement. Tout était strictement réglé dans les nombreuses dispositions de la convention concernant cette modalité du transit. Et nonobstant il était prescrit : « Les autorités allemandes seront tenues d'annoncer aux autorités polonaises le départ de ce train au moins 24 heures avant sa mise en marche. »

21. Examinons maintenant deux exemples d'une date plus récente.

La convention de Chicago du 7 décembre 1944, à laquelle ont adhéré presque toutes les nations, établit dans son article 5 :

« Chaque État contractant convient que tous les aéronefs des autres États contractants qui ne sont pas employés à des services aériens internationaux réguliers ont le droit de pénétrer sur son territoire, ou de le traverser en transit ... sans avoir à obtenir une autorisation préalable ... sous réserve du droit pour l'État survolé d'exiger un atterrissage. Néanmoins, chaque État contractant se réserve, pour des raisons de sécurité de vol, le droit d'exiger que les aéronefs qui désireront survoler des régions inaccessibles ou non pourvues de facilités adéquates pour la navigation aérienne suivent les routes prescrites ou *obtiennent une autorisation spéciale.* »

On voit donc que le droit de transit aérien est reconnu mais sous une réglementation et un contrôle. Cette réglementation et ce contrôle comportent dans tous les cas le droit pour l'État survolé d'exiger un atterrissage et, dans des cas spéciaux, une demande d'autorisation préalable. Cette exigence d'autorisation ne signifie pas que les aéronefs étrangers n'ont pas le droit de survoler les « régions dépourvues de facilités adéquates pour la navigation aérienne », elle signifie seulement que l'autorisation peut être requise pour l'exercice de ce droit.

22. Un autre exemple nous est donné par la Charte elle-même. Dans son article 43 il est prescrit : « Tous les Membres des Nations Unies ... s'engagent à mettre à la disposition du Conseil de Sécurité, sur son invitation et conformément à un accord spécial ou à des accords spéciaux, les forces armées, l'assistance et les facilités, y compris le droit de passage, nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales. » Les forces au service des Nations Unies ont donc un droit de passage sur les territoires des États Membres. Est-ce que ce droit peut s'exercer sans autorisation de l'État du transit ? Point du tout. Il faut un *accord spécial* auquel cet État soit partie. Mais celui-ci ne saurait licitement refuser à participer à cet accord sans une raison que le Conseil de Sécurité considère comme valable.

establish another equally effective means of control. A case in point is the German-Polish Convention on Freedom of Transit signed in Paris on 21 April 1921. This Convention regulated military transit across Poland between East Prussia and the rest of Germany so strictly and in such detail that any authorization became unnecessary. Provision was made for one military train once a week to carry personnel and for another train to carry arms and ammunition. The whole matter was strictly regulated in the numerous clauses of the Convention governing this form of transit. Nevertheless it was provided that "the German authorities shall notify the Polish authorities of the departure of this train at least twenty-four hours before it starts".

21. Let us now consider two more recent instances.

The Chicago Convention of 7 December 1944, to which nearly all nations have acceded, lays down in its Article 5:

"Each contracting State agrees that all aircraft of the other contracting States, being aircraft not engaged in scheduled international air services, shall have the right ... to make flights into or in transit non-stop across its territory ... without the necessity of obtaining prior permission ... subject to the right of the State flown over to require landing. Each contracting State nevertheless reserves the right, for reasons of safety of flight, to require aircraft desiring to proceed over regions which are inaccessible or without adequate air navigation facilities to follow prescribed routes or to *obtain special permission for such flights.*"

It can therefore be seen that the right of air transit is recognized, but subject to regulation and control. This regulation and this control in every case include the right of the State flown over to require landing and, in special cases, an application for prior permission. This requirement of permission does not mean that foreign aircraft have not the right to fly over "regions without adequate air navigation facilities", it means only that authorization may be required for the exercise of that right.

22. Another instance is furnished by the Charter itself. Article 43 provides that: "All Members of the United Nations ... undertake to make available to the Security Council, on its call and in accordance with a special agreement or agreements, armed forces, assistance and facilities, *including rights of passage*, necessary for the purpose of maintaining international peace and security." The forces in the service of the United Nations have therefore a right of passage over the territory of Member States. Can that right be exercised without the permission of the State passed through? Certainly not. A *special agreement* is needed to which that State is a party. But the latter cannot lawfully refuse to subscribe to that agreement unless for a reason which the Security Council deems valid.

23. Je crois avoir ainsi prouvé ma thèse que l'exigence d'une autorisation pour faire passer des forces de police ou autres à travers un territoire étranger n'est point du tout incompatible avec l'existence d'un droit de passage antérieur à cette autorisation. Et cela signifie de toute évidence que la faculté, pour l'État du transit, d'exiger une autorisation avant que son territoire soit traversé n'implique pas nécessairement le pouvoir discrétionnaire de l'accorder ou de la refuser.

Ayant pour but de constater que les conditions réglementaires dont dépend l'exercice d'un droit sont satisfaites et que, dans chaque cas d'espèce, il n'est pas porté atteinte à un intérêt légitime de celui à qui elle est demandée, l'autorisation implique un pouvoir d'appréciation mais non pas un pouvoir discrétionnaire. Si ces conditions sont remplies et si ces intérêts légitimes ne sont pas sacrifiés, l'autorisation doit être concédée. La compétence de celui qui autorise doit s'exercer en vue des fins pour lesquelles cette compétence lui est accordée. « Il y a une foule de cas — dit Hauriou — où, pour l'exercice d'un de leurs droits, les administrés sont obligés, par la loi, de demander à l'administration des autorisations...; l'administration est obligée par là même d'accomplir l'acte qu'on lui demande... » (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{me} édition, p. 357.)

Dans le cas d'espèce l'exigence, à certaines époques, d'une autorisation pour le passage des éléments de la police et de la force armée était dictée exactement par les mêmes « considérations de sécurité » dont parle l'arrêt à propos de certaines restrictions qui furent imposées au transit des marchandises. On ne voit pas pourquoi les restrictions basées sur de telles considérations sont compatibles avec un droit de transit pour les marchandises et non pour d'autres modalités du transit.

24. Si l'on considère la nature même du droit de transit pour des forces armées et les reflets qu'il peut avoir sur la défense et l'ordre public du territoire traversé, on n'aura aucune difficulté à comprendre qu'une autorisation ou autre forme équivalente de contrôle soit nécessaire à son exercice, même lorsqu'il est établi par un traité. On peut même dire que l'autorisation est inhérente à cette sorte de droit, à moins qu'elle ne soit écartée par un accord entre les parties.

En effet, le véritable objet du droit de transit est d'être *autorisé à passer*, quelle que soit la forme de l'autorisation, expresse ou tacite.

Le droit de transit n'est pas un droit réel que son sujet possède directement, *per se*, sur le territoire à traverser. C'est un droit personnel auquel correspond, de la part du sujet passif de la relation juridique, une obligation personnelle qui peut être envisagée soit sous son aspect positif *de facere* (accorder une autorisation), soit sous son aspect négatif *de non facere* (ne pas s'opposer au transit).

23. I think I have now proved my point that the need for an authorization in order that police or other forces may pass through foreign territory is in no way incompatible with the existence of a right of passage of older date than this authorization. This clearly means that the right of the State passed through to require an authorization before its territory is traversed does not necessarily imply a discretionary power to grant the passage or refuse it.

Its purpose being to establish that the conditions regulating exercise of a right are satisfied and that in each case no injury is done to the lawful interests of the party whose authorization is requested, the authorization implies a power of appraisal, but not a discretionary power. If those conditions are met and if those lawful interests are not sacrificed, the authorization must be granted. The jurisdiction of the authorizing party must be exercised with a view to the purposes for which it was conferred. "There is a multitude of cases—says Hauriou—in which, for the exercise of one or another of their rights, the governed are obliged by law to ask the government for authorization...; the government is thereby obliged to perform the act asked of it..." (*Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{me} édition, p. 357.)

In the present case, the requirement at certain times of authorization for the passage of elements of the police and armed forces was dictated by precisely those "considerations of security" referred to in the Judgment in connection with certain restrictions imposed on the transit of goods. It is difficult to see why restrictions based on such considerations should be compatible with a right of transit in respect of goods and not in respect of other categories of transit.

24. When we consider the very nature of the right of transit for armed forces and its possible repercussions on defence and public order in the territory passed through, we shall have no difficulty in understanding that an authorization or equivalent form of control is necessary for its exercise, even when the right is established by a treaty. It may even be said that the authorization is inherent in this kind of right unless it is excluded by agreement between the Parties.

In fact, the true subject-matter of the right of transit is the *authorization to pass*, in whatever form, express or tacit, that authorization may be.

The right of transit is not a real right, possessed by the subject directly *per se*, in the territory to be passed through. It is a personal right, and the passive subject in the legal relationship has a corresponding personal obligation, which may be regarded either in its positive aspect of *facere* (granting an authorization) or in its negative aspect of *non facere* (not opposing passage).

Ainsi se concilie parfaitement la suprématie territoriale de l'État du transit avec l'obligation d'y consentir.

25. On a aussi soutenu que le transit des éléments de la force armée et de la police portugaise vers les enclaves n'était pas pratiqué à titre de droit, puisqu'il s'exerçait sur une base de réciprocité, c'est-à-dire en échange de la faculté reconnue aux éléments de la force armée et de la police britanniques de traverser le territoire portugais lorsqu'ils en avaient besoin pour se déplacer entre deux points de leur propre territoire séparés par territoire portugais.

Je ne saurais accepter l'idée qu'il n'y a pas de droit où il y a réciprocité. La plupart des droits reconnus entre les nations reposent sur une base de réciprocité, sans qu'ils perdent, de ce fait, leur véritable caractère de droits. La réciprocité non seulement n'est pas incompatible avec eux, mais elle est la condition même de leur efficacité. Le droit que le Portugal revendique pour soi est exactement le même que celui qu'il reconnaît à l'Inde pour communiquer avec son enclave de Mechwal située à l'intérieur du territoire portugais.

II

26. Le Portugal invoque comme titres de son droit le traité de 1779, la coutume locale, la coutume générale et les principes généraux du droit.

27. Du traité de 1779 j'ai dit assez aux paragraphes 6 à 9 ci-dessus.

Je considère qu'en vertu de ce traité et des accords qui le complétaient, le Portugal reçut la pleine souveraineté sur les enclaves et, avec elle, le droit implicite et nécessaire d'y accéder.

Mais si je me place dans la position qu'a adoptée la majorité de la Cour, c'est-à-dire qu'il n'y eut pas de cession de souveraineté mais simplement concession d'un *saranjam*, je n'en arrive pas moins à la conclusion qu'un droit de transit fut implicitement conféré aux Portugais pour l'exercice des pouvoirs d'administration, de police, etc., qui leur furent octroyés. Et je ne peux pas comprendre que la transformation du *saranjam* en souveraineté, dans la période britannique, eût fait disparaître le droit d'accès aux enclaves.

28. Pour ce qui est de la coutume locale, j'ai peut-être déjà dit trop.

Je ne vois pas pourquoi cette coutume serait la source d'un droit de transit pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, et elle ne le serait pas d'un droit de passage pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions. Si la raison en est que ce passage dépendait parfois d'une autorisation, je crois avoir montré que cette raison n'est pas appuyée ni par la théorie ni par la pratique du droit. Il y a même un motif plus fort

In this way the territorial sovereignty of the State passed through is entirely consistent with the obligation to allow passage.

25. It has also been contended that the transit of elements of Portuguese armed forces and police towards the enclaves was not exercised as of right, on the ground that it was exercised on a basis of reciprocity, i.e. in consideration for the recognized right of elements of British armed forces and police to cross Portuguese territory when they had to move between two points in their own territory separated by Portuguese territory.

I am unable to accept the view that there can be no right when there is reciprocity. Most of the rights recognized between nations rest on a basis of reciprocity; they do not thereby lose their real character of rights. Not only is reciprocity not incompatible with such rights; it is the very condition for their effectiveness. The right which Portugal is claiming for itself is exactly the same as the right Portugal recognizes India to possess for the purposes of communicating with its enclave of Meghwal situated inside Portuguese territory.

II

26. Portugal invokes as the titles of its right the Treaty of 1779, local custom, general custom and the general principles of law.

27. I have said enough about the 1779 Treaty in paragraphs 6 to 9 above.

I consider that in virtue of this Treaty and of its supplementary agreements Portugal received full sovereignty over the enclaves and, with it, the implicit and necessary right of access to them.

Even if I take up the position adopted by the majority of the Court, namely, that there was no transfer of sovereignty but only the granting of a *saranjam*, I still come to the conclusion that a right of transit was by implication conferred upon the Portuguese for the exercise of the powers of administration, police, etc., which were granted to them. And I cannot see that the conversion of the *saranjam* into sovereignty, in the British period, caused the right of access to the enclaves to disappear.

28. With regard to local custom I have perhaps already said too much.

I do not see why that custom should be the source of a right of transit for private persons, civil officials and goods in general, and not be so for armed forces, armed police and arms and ammunition. If the reason for this is that the latter passage depended at times upon an authorization, I believe that I have shown that this reason has no support in either the theory or the practice of the law. There is an even stronger reason why the right of passage should be

pour que le droit de passage soit reconnu pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions que pour les personnes privées et les marchandises en général. Le droit pour ces deux dernières catégories est reconnu en vertu de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Cette souveraineté est la cause et aussi le but du droit. Sans elle, celui-ci n'existerait pas. Eh bien! le droit pour les forces armées, la police armée et les armes et munitions est beaucoup plus lié, puisque beaucoup plus nécessaire, à l'existence de la souveraineté que celui pour les personnes privées et les marchandises. Et c'est pourquoi tandis que celui-ci a fait, parfois, l'objet de certaines prohibitions concernant des marchandises déterminées (le sel, l'alcool et les produits destinés à la distillation), voire d'une interdiction générale pendant la dernière guerre, le transit pour les forces armées ne fut jamais prohibé. N'est ce pas illogique que, pour les catégories les plus attachées à la souveraineté, pour celles qui n'ont jamais souffert une prohibition, le droit soit considéré comme inexistant alors que, pour les autres catégories, son existence ne soulève pas de doute?

29. Un point sur lequel je ne suis pas d'accord avec la majorité de la Cour est que l'examen de la pratique qui s'est établie entre les Parties au cours du temps, c'est-à-dire la coutume locale, soit suffisant pour trancher l'affaire. Il le serait si, sur la base simplement de cet examen, la Cour avait considéré la demande portugaise dans son ensemble comme fondée. Alors il ne faudrait pas, vraiment, perdre de temps à chercher une confirmation de cette conclusion dans les titres généraux invoqués par le demandeur.

Mais ce n'est pas le cas. La décision à laquelle on est arrivé entraîne une amputation essentielle au droit revendiqué par le Portugal. Et si, comme c'est la thèse de celui-ci, aucun des titres n'exclut les autres, puisqu'au contraire ils se confirment et se renforcent réciproquement, il faut poursuivre l'examen sur la base des règles générales invoquées par le demandeur pour que justice lui soit rendue.

Il est vrai que le droit particulier déroge, en règle, au droit général, mais donner comme acquis que, en l'espèce, le droit particulier est différent du droit général, c'est tomber dans une pétition de principe. D'autre part, cette règle n'est pas sans exceptions. Le droit général *cogens* l'emporte sur tout droit particulier. Et les principes généraux dont je ferai mention plus loin constituent de véritables règles de *ius cogens* auxquelles il ne saurait être dérogé par une pratique particulière.

30. Une raison de poids pour que l'examen des titres généraux ne soit pas écarté *a priori*, c'est le rôle très important qu'ils ont joué dans l'argumentation des deux Parties.

Les conseils du Portugal ont insisté sur l'importance prédominante qu'ils y attachaient. A l'audience du 30 septembre 1959, le professeur Bourquin l'a fait remarquer dans les termes que voici:

recognized for armed forces, armed police, arms and ammunition than for private persons and goods in general. The right for these two last categories is recognized in virtue of Portuguese sovereignty over the enclaves. That sovereignty is the cause and also the purpose of the right. Without it the right would not exist. But the right for armed forces, armed police and for arms and ammunition is much more closely linked, because much more necessary, to the existence of sovereignty than is the right for private persons and goods. And this is why, although the last-mentioned categories were sometimes the subject of prohibitions in respect of specific commodities (salt, liquor and products for distillation) and were even altogether banned in the last war, passage of armed forces was never forbidden. Is it not illogical that the right should be considered not to exist for categories most closely associated with sovereignty and which have never been prohibited, while its existence in the case of the other categories occasions no doubt?

29. A point upon which I do not agree with the majority of the Court is that an examination of the practice established between the Parties in the course of history, namely, local custom, is sufficient to settle the case. That would be so if, on the basis of that examination only, the Court had considered the Portuguese claim as a whole to be founded. In that case it would certainly not be necessary to waste time seeking confirmation of that conclusion in the general titles invoked by the Applicant.

But this is not the case. The decision arrived at involves a vital amputation of the right claimed by Portugal. And if, as Portugal argues, none of the titles exclude the others, but, on the contrary, all confirm and reinforce each other, the examination must extend to the general rules invoked by the Applicant if justice is to be done.

It is true that in principle special rules prevail over general rules, but to take it as established that in the present case the particular rule is different from the general rule is to beg the question. Moreover, there are exceptions to this principle. Several rules *cogentes* prevail over any special rules. And the general principles to which I shall refer later constitute true rules of *ius cogens*, over which no special practice can prevail.

30. A weighty reason why examination of the general titles should not be rejected *a priori* is the very important part they played in the arguments of the two Parties.

Counsel for Portugal emphasized the outstanding importance they attached to them when Professor Bourquin said at the hearing of 30 September 1959:

« Me sera-t-il permis de commencer cet exposé en rappelant à la Cour l'importance que le droit international général revêt dans notre argumentation ? »

Il en constitue la base essentielle.

Comme M. le doyen Telles l'a dit avec raison, les titres particuliers que nous faisons valoir reposent, en dernière analyse, sur des règles générales. Ils n'en sont qu'une application, qu'une manifestation concrète. Et j'ajoute que, même s'ils n'existaient pas, le droit de passage du Portugal n'en serait pas moins incontestable. »

31. Comme titres généraux du droit qu'il revendique, le Portugal invoque la coutume générale et les principes généraux du droit.

32. L'examen de la situation qui s'est vérifiée au cours de l'histoire et qui se vérifie aujourd'hui, dans toutes les enclaves connues, a prouvé qu'une pratique constante et uniforme s'est établie entre les États dans le sens de reconnaître au souverain d'une enclave le droit de transit nécessaire à l'exercice de sa souveraineté. Cela révèle, sans possibilité de contestation, l'existence d'une règle générale coutumière qui serait, à elle seule, suffisante pour fonder la prétention du Portugal.

33. Comme principes généraux de droit le Portugal a invoqué deux ordres de principes :

- a) celui qui se dégage de la confrontation des législations internes des nations civilisées, en ce qui concerne le droit d'accès à un fonds enclavé ;
- b) certains principes fondamentaux inhérents à la structure même du droit international.

34. Pour ce qui est du premier des principes invoqués, il a été démontré par une étude de droit comparé par le professeur Max Rheinstein, qui figure au procès, que dans toutes les législations des nations civilisées, le droit d'accès à un fonds enclavé est reconnu au bénéfice de son propriétaire. Il ne s'agit de dresser aucune sorte d'analogie entre la propriété et la souveraineté, non plus de transporter une règle de droit interne dans le domaine du droit international. Il s'agit de vérifier qu'il y a une raison profonde, enracinée dans la conscience juridique de tous les peuples, pour admettre comme nécessaire (logiquement et pratiquement nécessaire) la reconnaissance d'un droit de passage à celui qui a une certaine capacité juridique à exercer dans un espace auquel il ne peut pas accéder sans emprunter l'espace réservé à autrui. S'il n'y a pas là un principe général de droit également valable et pour le droit interne et pour le droit international, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour, alors c'est qu'il n'y a pas de principes satisfaisant aux conditions de cet article.

35. Il y a finalement les principes généraux de droit que le Portugal a invoqués comme étant inhérents à l'ordre juridique international. Quelle que soit la position doctrinale qu'on prenne à

"I may be allowed to begin by recalling to the Court the important place in our argument reserved for general international law.

It constitutes the very basis of that argument.

As M. Telles rightly said, the particular titles we invoke rest in the last resort upon general rules. They are an application, a concrete illustration, of those rules. I may add that, even if they did not exist, Portugal's right of passage would be no less indisputable."

31. Portugal invokes general custom and the general principles of law as the general titles of its claim.

32. A study of the situation found to exist throughout history, and which is to be found existing today, in all known enclaves has shown that a uniform and consistent practice has been established between States in favour of recognizing that the sovereign of an enclave has the right of transit necessary for the exercise of its sovereignty. That shows, beyond any possible dispute, that there is a general rule of custom which would alone suffice to establish the Portuguese claim.

33. As general principles of law, Portugal invoked two kinds of principle:

- (a) the principle deriving from a comparison of the municipal laws of civilized nations in the matter of right of access to enclaved property;
- (b) certain fundamental principles inherent in the very fabric of international law.

34. As regards the first of these principles, it was shown by a study of comparative law by Professor Max Rheinstein, filed with the Court, that the laws of all civilized nations recognize the right of access to enclaved property in favour of its owner. No sort of analogy needs to be drawn between ownership and sovereignty, nor is it necessary to transfer a rule of municipal law to the field of international law. What has to be determined is whether there is not a reason deeply rooted in the legal consciousness of all peoples for admitting, as a logical and practical necessity, the recognition of a right of passage to one who has a certain legal capacity to exercise in an area to which he cannot have access without using an area reserved for another. If that is not a general principle of law, valid alike in municipal and international law, within the meaning of Article 38 of the Statute of the Court, then no principles will meet the conditions of that Article.

35. Lastly, there remain the general principles of law invoked by Portugal as inherent in the international legal system. Whatever view may be held in regard to these principles, whether they are

l'égard de ces principes, qu'on les considère comme des émanations du droit naturel, ou comme des règles coutumières, ou comme des principes constitutionnels de la communauté juridique internationale, ou comme des principes déduits directement de l'idée du droit, ou comme des principes consentis par les États du fait même qu'ils sont membres d'une communauté juridique, quelle que soit, dis-je, la position de chacun à l'égard de l'origine et du fondement de ces principes, tout le monde est d'accord pour accepter leur existence et leur application comme source de droit positif.

36. Le tout premier de ces principes essentiels est le respect réciproque des souverainetés. Ce principe n'a pas seulement un contenu négatif dans le sens de la non-intervention des États dans le domaine réservé à la compétence territoriale des autres États. Il a aussi un contenu positif dans le sens que tout État « consent à une certaine restriction de son action dans l'intérêt de la liberté d'action garantie à tous les autres États ». (Oppenheim-Lauterpacht, par. 113.)

37. Dans le cas qui nous occupe, il y a face à face deux souverainetés : celle du Portugal sur les enclaves et celle de l'Inde sur le territoire circonvoisin. La subsistance de la première dépend absolument du maintien des communications entre les enclaves et le reste du territoire de l'État dont elles sont partie intégrante. Et puisqu'une obligation essentielle de la souveraineté est le maintien de l'ordre dans le territoire où elle s'exerce, ces communications doivent, nécessairement, comprendre le passage des éléments de la force publique nécessaires à cet effet. Empêcher ces communications indispensables ne serait pas respecter la souveraineté qui en dépend. Ce serait l'étouffer. Il n'y a pas de grosse différence, a-t-on dit en plaidoirie, entre tuer quelqu'un d'un coup de fusil et le faire mourir par suffocation.

38. S'il était permis à l'État du territoire enclavant de s'opposer aux communications nécessaires à l'exercice de la souveraineté du souverain des enclaves sur celles-ci, cela signifierait qu'il était loisible au premier de supprimer de son libre arbitre cette souveraineté. Ce serait une action techniquement différente de la conquête armée mais donnant exactement les mêmes résultats. Si le droit international interdit la dernière, il ne saurait permettre la première.

La souveraineté d'un État sur une partie quelconque de son territoire ne peut être subordonnée à la volonté d'un autre État. C'est le caractère même de la souveraineté d'être indépendante de toute volonté extérieure. Et la fonction primaire du droit international est de garantir l'indépendance des États, leur intégrité territoriale et le respect mutuel des souverainetés.

39. Certes, l'obligation imposée à un État de consentir au transit sur son territoire des sujets d'un autre État signifie que, sous cet aspect limité, sa compétence cesse d'être discrétionnaire pour

considered to be emanations of natural law or to be rules of custom, or constitutional principles of the international legal community, or principles directly deduced from the concept of law, or principles agreed to by States because they are members of a legal family, whatever, I say, may be the attitude of each towards the origin and basis of these principles, all are agreed in accepting their existence and their application as a source of positive law.

36. The very first of these essential principles is mutual respect for sovereignties. That principle has more than a negative content in the sense that States must not intervene in matters within the territorial jurisdiction of other States. It has also a positive content in the sense that each State "consents to a certain restriction of action in the interests of the liberty of action granted to every other State". (Oppenheim-Lauterpacht, para. 113.)

37. In our own case two sovereignties stand face to face: that of Portugal over the enclaves and that of India over the surrounding territory. The existence of the former depends absolutely upon the maintenance of communications between the enclaves and the rest of the territory of the State of which they are an integral part. And since an essential obligation of sovereignty is to maintain order in the territory in which it operates, those communications must needs include the passage of the elements of the public forces necessary for that purpose. To prevent those essential communications would fail to respect the sovereignty depending upon them. It would crush it out of existence. There is not much difference, it was said at the hearings, between shooting a man dead and causing his death by strangulation.

38. If the State in possession of the surrounding territory were permitted to obstruct the communications necessary for the exercise of a sovereignty over enclaves, it would mean that that State was free to suppress that sovereignty at its own discretion. Such action would be technically different from conquest by arms, but it would have exactly the same results. If international law forbids the latter, it cannot permit the former.

The sovereignty of a State over any part of its territory cannot be made subordinate to the will of another State. The very essence of sovereignty is independence of an exterior will. The prime function of international law is to safeguard the independence of States, their territorial integrity, and mutual respect for sovereignties.

39. No doubt the obligation upon a State to agree to the passage over its territory of the nationals of another State means that, to this limited extent, its jurisdiction is no longer discretionary and is

être liée par cette obligation internationale. Autre n'est pas l'objet du droit international que celui de créer des droits et des obligations réciproques entre les États et de lier, donc, leurs compétences respectives.

L'obligation de l'Inde résulte d'une nécessité juridique imposée par la situation géographique des enclaves. Les données de fait ont des implications en droit. C'est par exemple un fait géographique qui est à l'origine de la règle coutumière qui reconnaît le droit de navigation sur les cours d'eau reliant les ports intérieurs à la mer.

« C'est la terre qui confère à l'État riverain un droit sur les eaux qui baignent ses côtes », a dit la Cour dans l'affaire des *Pêcheries*, reconnaissant ainsi les implications juridiques des faits de la géographie (*Recueil 1951*, p. 133).

40. Dans le cas d'espèce, il y a encore une raison spéciale pour soutenir l'existence du droit revendiqué par le Portugal et l'obligation réciproque de l'Inde. C'est que les enclaves se sont constituées en territoire indien avec le consentement implicite (si l'on rejette la thèse portugaise fondée sur le traité de 1779) des souverains qui se sont succédé dans ce territoire. La Cour a donné comme prouvé que la souveraineté portugaise fut reconnue par les Britanniques en fait et par implication et qu'elle le fut ensuite tacitement par l'Inde.

Ici trouve sa place une thèse du Portugal qui me paraît assez décisive. Elle peut être formulée comme suit: la reconnaissance, par un État, de la souveraineté d'un autre État sur une enclave à l'intérieur du territoire du premier implique nécessairement, comme conséquence logique, la reconnaissance aussi du droit de transit indispensable à l'exercice de cette souveraineté, sous la réserve de réglementation et de contrôle par le souverain du territoire qui entoure l'enclave.

La reconnaissance de la souveraineté d'un État sur un certain territoire est un acte plein de conséquences juridiques. Par lui, cette souveraineté est admise dans l'ordre juridique international, et les États dont il émane s'engagent à respecter toutes les attributions que cet ordre juridique confère à la souveraineté, notamment celle d'organiser la force publique et de maintenir l'ordre dans le territoire en question. En reconnaissant la souveraineté portugaise sur les enclaves, les Britanniques, et ensuite les Indiens, n'auraient pu manquer d'accepter implicitement toutes les conséquences logiques et nécessaires de cette reconnaissance, parmi lesquelles le droit de transit pour les forces chargées de la fonction de police est une des plus nécessaires.

41. Il est une norme de droit que celui qui sanctionne un acte sanctionne aussi les conséquences prévues et nécessaires qui en découlent logiquement.

La doctrine des pouvoirs implicites contenus dans une faculté générale, en raison du but de celle-ci, a été sanctionnée par la Cour

fettered by that international obligation. International law has no other purpose than to create mutual rights and obligations between States and thus to fetter their respective jurisdictions.

The obligation upon India flows from a legal necessity imposed by the geography of the enclaves. Factual data have legal implications. For instance, a geographical fact underlies the rule of custom which recognizes the right of navigation over waterways connecting inland ports with the sea.

"It is the land which confers upon the coastal State a right to the waters off its coasts", the Court said in the *Fisheries* case, thereby recognizing the legal implications of geographical facts (*Reports 1951*, p. 133).

40. In the particular case before the Court there is another special reason for upholding the existence of the right claimed by Portugal and the reciprocal obligation binding upon India. It is that the enclaves were constituted in Indian territory with the implied consent (if the Portuguese argument based on the Treaty of 1779 be rejected) of the successive sovereigns of that territory. The Court has accepted it as proved that Portuguese sovereignty was recognized by the British in fact and by implication and that it was subsequently tacitly recognized by India.

At this point I come to an argument of Portugal which appears to me to be fairly decisive. It may be formulated as follows: recognition, by a State, of the sovereignty of another State over an enclave situated within the territory of the former necessarily implies, as a logical consequence, recognition at the same time of the right of transit essential for the exercise of that sovereignty, subject to regulation and control by the sovereign of the territory surrounding the enclave.

Recognition of the sovereignty of a State over a certain territory is an act involving a number of legal consequences. By that act that sovereignty is accepted as forming part of the international legal order and the States which have so acted undertake to respect all the attributes which that legal order confers upon sovereignty, in particular that of organizing the public forces and the maintenance of order in the territory in question. By recognizing Portuguese sovereignty over the enclaves, the British, and later the Indians, could not but impliedly have accepted all the logical and necessary consequences of that recognition, amongst which a right of transit for the forces responsible for police duties is one of the most necessary.

41. There is a legal rule that he who sanctions an act sanctions also the foreseen and necessary consequences which logically flow therefrom.

The doctrine of implied powers contained in a general power, by virtue of the purpose of the latter, was approved by the Court

dans l'affaire de la *réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (*Recueil 1949*, p. 182). « Selon le droit international, a-t-elle dit, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs, qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés dans la Charte, sont par une conséquence nécessaire (*by necessary implication*) conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci. » Voilà ce que demande le Portugal: la reconnaissance d'un droit qui, s'il n'est pas expressément déclaré par une règle écrite, lui est par une conséquence nécessaire conféré du fait de la reconnaissance de sa souveraineté sur les enclaves, en tant qu'essentiel à l'exercice de cette souveraineté. « La volonté d'observer une règle juridique — dit Anzilotti — implique la volonté d'observer aussi les règles sans lesquelles la première n'aurait pas de sens et qui y sont logiquement comprises » (*Corso di Dir. Int.*, I, p. 64).

42. Le principe de l'interprétation des normes et des actes juridiques d'après leur but est aussi bien établi. Le but de la reconnaissance de la souveraineté d'un État sur un territoire quelconque est de reconnaître à cet État le droit d'exercer les fonctions étatiques sur ce territoire. Nul ne saurait soutenir que, dans le cas d'une enclave, cet exercice serait possible sans le droit d'y accéder, tout particulièrement aux fins d'y assurer le maintien de l'ordre public.

43. Si l'État du territoire enclavant reconnaissait la souveraineté d'un autre État sur une enclave, tout en se réservant mentalement la faculté de couper les communications avec elle quand il lui semblerait bon, il n'agirait pas d'accord avec le principe de la bonne foi, qui est le plus général et le plus essentiel des principes généraux de droit.

44. Voilà donc ce qui découle des principes généraux de droit: le transit nécessaire pour exercer dans une enclave toutes les fonctions étatiques, y inclus l'organisation de la puissance publique et le maintien de l'ordre, est un droit de l'État souverain de l'enclave; à ce droit correspond l'obligation pour l'État du territoire circonvoisin de ne pas faire toute opposition à ce transit. Cette conclusion s'impose avec une force toute particulière à l'égard de l'État qui a reconnu la souveraineté de l'autre sur une enclave située à l'intérieur de son propre territoire.

45. La pratique particulière qui s'est établie entre le Portugal et les souverains qui se sont succédé dans le territoire entourant les enclaves ne saurait pas exclure l'application dans l'espèce des principes généraux de droit, et, moins encore, être interprétée en sens contraire à ces principes.

« Les principes généraux du droit sont à la base de la coutume et du droit conventionnel. Ceux-ci ne sont, d'ordinaire, que la cristallisation de ces principes. Les règles concrètes ne sauraient être

in the case concerning *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (*I.C.J. Reports 1949*, p. 182). "Under international law", the Court said, "the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by *necessary implication* as being essential to the performance of its duties." That is what Portugal asks: recognition of a right which, if not expressly laid down in a written rule, is conferred upon it by necessary implication by the fact of recognition of its sovereignty over the enclaves, as being essential to the exercise of that sovereignty. "The intent to observe a legal rule", says Anzilotti, "implies the intent also to observe the rules without which the original rule would have no meaning and which are logically included in it." (*Corso di Dir. Int.*, I, p. 64.)

42. The principle of the interpretation of legal rules and acts in accordance with their purpose is also well settled. The purpose of recognition of the sovereignty of a State over a given territory is that the right of that State to exercise governmental functions over that territory should be recognized. It could not be contended that, in the case of an enclave, that exercise would be possible without a right of access thereto, especially for the purpose of ensuring the maintenance of public order there.

43. If the State occupying the surrounding territory recognized the sovereignty of another State over an enclave while at the same time mentally reserving the right to sever the communications with it when it chose, it would not be acting in accordance with the principle of good faith, which is the most general and the most essential of the general principles of law.

44. This then is what follows from the general principles of law: the transit necessary in order to exercise all governmental functions in an enclave, including the organization of public forces and the maintenance of order, is a right of the State which is sovereign of the enclave; to this right there corresponds the obligation of the State occupying the surrounding territory not to oppose that transit. This conclusion is particularly inescapable in the case of a State which has recognized the sovereignty of the other over an enclave situated within its own territory.

45. The particular practice which was established between Portugal and the successive sovereigns of the territory surrounding the enclaves cannot exclude the application in the present case of the general principles of law, still less can it be interpreted in a way which conflicts with those principles.

"The general principles of law are at the basis of custom and of conventional law. The latter are usually no more than the crystallization of those principles. The concrete rules cannot be construed

interprétées dans un sens opposé aux principes dont elles font l'application. » (Verdross, *Derecho Internacional Público*, pp. 205-206.)

« La priorité assignée par l'article 38 du Statut de la Cour à la convention et à la coutume par rapport aux principes généraux de droit n'exclut aucunement une application *simultanée* de ces principes et des deux premières sources de droit. Il arrive fréquemment qu'une décision rendue sur la base d'une convention spéciale ou générale ou d'une coutume exige un recours aux principes généraux de droit... Le juge y recourra soit pour combler les lacunes des règles conventionnelles, soit pour les *interpréter*. » (De Visscher, dans *Rev. de Dr. int. et de Lég. comparée*, 1933, p. 413.) « La pratique internationale démontre que le juge et l'arbitre ne peuvent pas dégager le véritable sens des dispositions d'un traité sans replacer celles-ci dans le cadre de certains principes généraux qui les dominent. » (*Ibid.*, p. 405.)

Les autorités que je viens de citer me fortifient dans l'opinion qu'il fallait bien avoir recours aux principes généraux, tout au moins pour bien interpréter la pratique établie entre les Parties.

46. Tout ce que je viens de dire sur les règles générales du droit international et, en particulier, sur les principes généraux de droit tend à démontrer l'existence du droit revendiqué par le Portugal *in toto*, tel qu'il l'a formulé et dont le contenu ne comporte d'autre définition que celle que le demandeur lui-même lui a donnée : un droit de transit pour ce qui est nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Mais j'ai principalement à l'esprit le passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions. Je considère que rien dans les règles et les principes invoqués n'autorise la conclusion que le droit serait un pour le transit civil et un autre pour le transit militaire. S'il y avait lieu à une distinction, ce serait en faveur du dernier comme étant le plus étroitement lié à l'exercice de la souveraineté.

Je conclus donc que le droit revendiqué par le Portugal est bien établi, aussi bien sur la base du droit particulier que sur celle du droit général.

III

47. Il devient évident que si j'arrive à la conclusion que le Portugal a un droit de passage sur le territoire indien dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, ce qui ne peut pas manquer de comprendre — je le répète encore une fois — le passage des éléments armés nécessaires pour assurer le respect de la loi et de l'ordre dans ces territoires ; si j'arrive à cette conclusion, il me faut aussi conclure que l'Inde a violé le droit du Portugal du fait qu'elle a, sans raison juridique valable, empêché le Portugal d'exercer ce droit.

to conflict with the principles of which they constitute the application." (Verdross, *Derecho Internacional Público*, pp. 205-206.)

"The priority given by Article 38 of the Statute of the Court to conventions and to custom in relation to the general principles of law in no way excludes a *simultaneous* application of those principles and of the first two sources of law. It frequently happens that a decision given on the basis of a particular or general convention or of a custom requires recourse to the general principles of law... A court will have recourse to those principles to fill gaps in the conventional rules, or to *interpret* them." (De Visscher, in *Rev. de Dr. int. et de Lég. comparée*, 1933, p. 413.) "International practice shows that a court or an arbitrator cannot ascertain the true meaning of the provisions of a treaty without considering these within the framework of certain general principles which dominate them." (*Ibid.*, p. 405.)

The authorities whom I have just cited strengthen me in my opinion that it was really necessary to have recourse to the general principles, at least for the purpose of properly interpreting the practice established between the Parties.

46. All I have said with regard to the general rules of international law, and, in particular, with regard to the general principles of law tends to show the existence of the right claimed by Portugal *in toto*, as it was formulated by Portugal and the content of which has no other definition than that which the Applicant itself has given to it: a right of transit for that which is necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves. But I have mainly in mind the passage of armed forces, armed police and arms and ammunition. I consider that there is nothing in the rules and principles invoked to warrant the conclusion that there should be one right for civil transit and another for military transit. If there were any reason for a distinction it would be in favour of the latter as being more closely bound up with the exercise of sovereignty.

I therefore come to the conclusion that the right claimed by Portugal is well established, both on the basis of the relevant special rules and on that of the relevant general rules.

III

47. It becomes clear that if I reach the conclusion that Portugal has a right of passage over Indian territory to the extent necessary for the exercise of its sovereignty over the enclaves, which cannot fail to include—I repeat it once more—the passage of the armed forces necessary to ensure the maintenance of law and order in those territories; if I arrive at that conclusion, I must also conclude that India has violated Portugal's right by its action in preventing, without any legally valid reason, the exercise of that right by Portugal.

Ce fait est abondamment prouvé dans le procès, comme le sont les raisons purement politiques de l'attitude de l'Inde.

Après l'échec des demandes qu'elle avait faites par voie diplomatique entre 1950 et 1953, pour obtenir le transfert direct dans sa souveraineté des territoires portugais de la péninsule indienne, le Gouvernement de l'Inde a cherché à obtenir les mêmes résultats par des moyens moins directs mais plus illicites.

48. Pour ne considérer que les faits concernant la rupture des communications avec les enclaves, retenons seulement les suivants :

a) Depuis octobre 1953 fut prohibé le transit de la police et du personnel militaire (communiqué de presse indien du 22 juillet 1954, mémoire, annexe 44).

b) Le transit d'armes et munitions de toutes catégories fut prohibé le 17 juillet 1954, c'est-à-dire quatre jours avant l'attaque à Dadra (mémoire, annexe 47).

c) Le 13 juin 1954, le transit des véhicules entre Damao et les enclaves fut prohibé avec la conséquente répercussion sur le transit des marchandises (réplique, annexe 168).

d) Le 20 juillet 1954, l'autobus qui faisait le service régulier entre Damao et Nagar-Aveli fut obligé de rebrousser chemin en arrivant à proximité de Dadra (réplique, annexe 165).

e) Le 21 juillet 1954, toutes communications, même pour les personnes privées, étaient interdites (réplique, annexe 166).

f) L'attaque à Dadra par des éléments partis du territoire indien (comme le reconnaît l'Inde aux paragraphes 227 et 228 de son contre-mémoire) fut exécutée la nuit du 21/22 juillet.

g) A partir de cette date, l'Inde cessa d'accorder des visas pour le transit des Portugais européens et pour les sujets portugais aborigènes au service du Gouvernement portugais, même pour se rendre à Nagar-Aveli, où la situation était encore calme. Ceci est confirmé par l'Inde au paragraphe 211 de son contre-mémoire.

h) Dans une note du 24 juillet, le Gouvernement portugais demanda à celui de l'Inde une autorisation pour envoyer des forces destinées à rétablir l'ordre à Dadra. Cette demande fut rejetée par une note du 28 juillet, sur la base de raisons exclusivement politiques: « Le Gouvernement de l'Inde a clairement indiqué — dit cette note — qu'il ne pouvait pas accepter le maintien de la domination étrangère sur une partie quelconque de l'Inde » (mémoire, annexe 52, par. 12).

i) Le 26 juillet, le Gouvernement portugais demanda des facilités pour envoyer à Nagar-Aveli trois délégués désarmés du gouverneur de Damao. Cette demande fut rejetée par la même note indienne

The fact has been abundantly proved in the proceedings, as have the purely political reasons for the attitude of India.

After the failure of the requests which it made through diplomatic channels, between 1950 and 1953, to obtain the direct transfer to its sovereignty of the Portuguese territories in the Indian Peninsula, the Government of India sought to obtain the same results by less direct but more unlawful methods.

48. To consider only the facts relating to the severing of communications with the enclaves, attention may be directed merely to the following:

(a) From October 1953, the transit of police and military personnel was prohibited (Indian press communiqué of 22 July 1954, Memorial, Annex 44).

(b) The transit of arms and ammunition of all categories was prohibited on 17 July 1954, that is, four days before the attack on Dadra (Memorial, Annex 47).

(c) On 13 June 1954, the transit of vehicles between Daman and the enclaves was prohibited with the consequential repercussions on the transit of goods (Reply, Annex 168).

(d) On 20 July 1954, a bus on the regular service between Daman and Nagar-Aveli was forced to turn back on nearing Dadra (Reply, Annex 165).

(e) On 21 July 1954, all communications, even for private persons, were prohibited (Reply, Annex 166).

(f) The attack on Dadra by elements coming from Indian territory (as is admitted by India in paragraphs 227 and 228 of its Counter-Memorial) was carried out in the night of 21/22 July.

(g) As from that date, India ceased to grant visas for the transit of Portuguese Europeans or native subjects in the service of the Portuguese Government, even for the purpose of going to Nagar-Aveli, where the situation was still calm. This is confirmed by India in paragraph 211 of its Counter-Memorial.

(h) In a Note of 24 July, the Portuguese Government asked the Indian Government for authorization for the despatch of forces to re-establish order in Dadra. This request was rejected in a Note of 28 July, on purely political grounds: "The Government of India have made it clear", it is said in the Note, "that they cannot accept the continuance of foreign rule over any part of India" (Memorial, Annex 52, para. 12).

(i) On 26 July, the Portuguese Government asked for facilities to send to Nagar-Aveli three unarmed delegates of the Governor of Daman. This request was rejected in the same Indian Note of

du 28 juillet, sur la base qu'un état d'excitation s'était créé dans la population indienne voisine des enclaves, et que la tension serait accrue du fait du passage des fonctionnaires portugais.

j) Tout cela se passait, il faut bien le souligner, avant que rien d'anormal n'ait eu lieu à Nagar-Aveli. Cette constatation est essentielle pour montrer que tout argument de l'Inde en justification de son attitude qui puisse être basé sur une situation anormale en territoire portugais n'est point valable pour le transit entre Damao et Nagar-Aveli.

k) Des troupes de police à effectifs renforcés furent placées par les autorités indiennes autour des enclaves avant que celles-ci eussent été attaquées. Ce fait est confirmé par le Gouvernement de l'Inde dans son communiqué de presse du 22 juillet. Il essaie de le justifier en face de l'accroissement des troupes sur le territoire portugais. Mais il se contredit, lorsque dans le même communiqué il indique qu'à la place de Damao, une ville de 20 000 habitants, il y avait une force militaire de plus de 100 hommes (*sic*) (mémoire, annexe 44).

l) A la fin juillet 1954, Nagar-Aveli fut attaquée aussi par des éléments venus du territoire indien, comme l'Inde le reconnaît aux paragraphes 227 et 228 du contre-mémoire déjà cités.

m) Des propositions portugaises pour envoyer dans les enclaves des observateurs de Puissances tierces furent rejetées.

Tels sont les faits. Ils font apparaître la violation manifeste du droit de transit du Portugal.

49. Même si l'on se place sur le champ restreint du droit reconnu par la Cour pour le transit des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises, les faits indiqués aux alinéas *c)*, *d)*, *e)*, *g)*, *i)* et *l)* prouvent que même le droit concernant ces catégories fut violé.

50. On a pu songer, pour justifier tel ou tel de ces faits, notamment le refus de passage opposé aux délégués du gouverneur de Damao pour se rendre à Nagar-Aveli, à invoquer l'état de tension existant en territoire indien au moment où ces faits se sont produits. L'Inde ne saurait trouver là une justification acceptable, cet état de tension étant le résultat de sa propre faute, en particulier de la négligence (pour dire le moins) de ses autorités en face de la préparation sur son propre territoire des actes d'agression dirigés contre le territoire portugais.

En disant cela, je n'entends pas me séparer de ce qu'a admis la Cour lorsqu'elle énonce qu'elle n'a pas à se prononcer sur les faits en question parce que le Portugal ne lui a formulé aucune demande concernant la responsabilité de l'Inde en vertu de son manque de diligence dans la prévention des actes agressifs préparés sur son territoire contre le Portugal.

28 July on the grounds that a state of tension had been created among the Indian population bordering on the enclaves and that that tension would be increased by the passage of Portuguese officials.

(j) All this happened, it must be stressed, before anything abnormal had occurred at Nagar-Aveli. It is essential to point this out in order to show that any argument by India to justify its attitude, based on the existence of an abnormal situation on Portuguese territory, is not valid in respect of transit between Daman and Nagar-Aveli.

(k) Reinforced police were placed by the Indian authorities around the enclaves before the latter were attacked. This fact is confirmed by the Indian Government in its press communiqué of 22 July. It seeks to justify it by the increased number of troops on Portuguese territory. But it contradicts itself, since in the same communiqué it indicates that in Daman, a town of 20,000 inhabitants, there was a military force of over 100 men (*sic*) (Memorial, Annex 44).

(l) At the end of July 1954 Nagar-Aveli too was attacked by elements coming from Indian territory, as India has acknowledged in paragraphs 227 and 228 of the Counter-Memorial, already referred to.

(m) Portuguese proposals for the sending to the enclaves of observers of third Powers were rejected.

Those are the facts. They reveal a manifest violation of Portugal's right of transit.

49. Even from the limited point of view of the right recognized by the Court in respect of the transit of private persons, civil officials and goods, the facts indicated in paragraphs (c), (d), (e), (g), (i) and (l) prove that even the right relating to those categories was violated.

50. By way of justification of certain of these facts, in particular the denial of passage to the delegates of the Governor of Daman seeking to go to Nagar-Aveli, some reliance may have been sought to be placed upon the state of tension existing in Indian territory at the time when the facts occurred. This cannot provide an acceptable justification for India, since that state of tension was the result of its own fault and, in particular, of the negligence of its authorities in the face of the preparation on its own territory of acts of aggression directed against Portuguese territory.

In saying this it is not my intention to differ from the view expressed by the Court that it is not called upon to deal with the facts in question since Portugal has not formulated any claim with regard to the responsibility of India by reason of its lack of diligence in preventing aggressive acts against Portugal prepared upon its territory.

Mais lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la validité de l'excuse présentée par l'Inde pour s'opposer à l'exercice du droit de transit du Portugal, lorsqu'il s'agit de déterminer si cette opposition, dans l'espèce, relève du pouvoir de réglementation et de contrôle de l'Inde, ou si, au contraire, elle constitue un abus ou un détournement de ce pouvoir, alors il faut bien apprécier quelles sont les responsabilités de l'Inde dans la création des situations et des faits sur lesquels elle prétend fonder son excuse. Parce que, indubitablement, s'il s'avère que de telles responsabilités lui incombent, l'excuse n'est plus valable. *Nemo alleget turpitudinem suam*. Nul ne peut se fonder sur les conséquences de sa propre faute pour échapper à l'accomplissement d'une obligation juridique.

51. En ce qui me concerne, l'étude attentive que j'ai faite du dossier et des preuves y contenues m'a fait conclure, en toute conviction, que l'Inde est responsable des événements qui se sont produits à Dadra et à Nagar-Aveli en juillet-août 1954 et que cette responsabilité l'empêche de se justifier des violations qu'elle a commises du droit reconnu au Portugal.

Toute la preuve conduit à la conclusion que les mesures prises par les autorités indiennes à l'égard du transit portugais entre Damao et les enclaves étaient destinées à faciliter l'action des bandes armées qui envahirent les enclaves et à en assurer l'impunité. Les forces de police qui furent placées autour des enclaves ne permettaient à personne provenant de Damao d'y pénétrer, mais elles ne firent aucune opposition à l'entrée des envahisseurs.

52. Pour ce qui est particulièrement du refus de passage opposé aux délégués du gouverneur de Damao, il faut relever une flagrante contradiction. Dans sa note du 28 juillet 1954, le Gouvernement de l'Inde donnait comme raison de ce refus l'état de tension qui se serait créé chez la population indienne en conséquence de ce qu'on appelait des mesures répressives prises par les autorités portugaises bien avant que l'attaque de Dadra ne fût prévue. Or, cette tension — si elle existait — n'empêcha pas que des visas fussent concédés au gouverneur de Damao pour se rendre à Dadra et en revenir la veille même de cette attaque. Si, dans les circonstances alléguées par l'Inde, le passage de quelqu'un risquerait d'exciter des sentiments hostiles de la part de la population indienne, ce serait bien celui du gouverneur. Rien de la sorte n'est arrivé. Pourquoi supposerait-on que le passage de ses délégués sans armes aurait des répercussions différentes?

53. De tout ce que je viens d'exposer, je conclus :

a) Le Portugal a démontré être titulaire d'un droit de transit sur le territoire de l'Inde pour tout ce qui est nécessaire au plein exercice de sa souveraineté sur les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli.

But where the question arises of passing upon the validity of an excuse put forward by India for opposing the exercise of Portugal's right of transit; where it is necessary to determine whether that opposition, in the circumstances of the present case, falls within India's power of regulation and control, or whether, on the contrary, it constitutes an abuse or a misuse of that power, it does become necessary to determine the responsibility of India for the creation of the situations and facts upon which it purports to base its excuse. For, clearly, if it appears that it has such a responsibility, the excuse can no longer be valid. *Nemo alleget turpitudinem suam*. No one can rely upon the consequence of his own fault to escape the performance of a legal obligation.

51. So far as I am concerned, the careful study I have made of the record and of the evidence which it contains has led me to the conclusion, of which I am fully convinced, that India is responsible for the events which occurred at Dadra and at Nagar-Aveli in July-August 1954, and that that responsibility makes it impossible for it to justify its violations of the right recognized as belonging to Portugal.

All the evidence leads to the conclusion that the measures taken by the Indian authorities in respect of Portuguese transit between Daman and the enclaves were designed to facilitate the action of the armed bands which invaded the enclaves and to ensure their impunity. The police forces which were stationed around the enclaves did not allow anyone from Daman to enter but did not in any way oppose the entry of the invaders.

52. With particular regard to the refusal of passage to delegates of the Governor of Daman attention must be drawn to a flagrant contradiction. In its note of 28 July 1954 the Government of India gave as its reason for the refusal the state of tension which was allegedly created among the Indian population in consequence of what were called the repressive actions of the Portuguese authorities long before the attack on Dadra was under contemplation. But this tension—if it existed—did not prevent visas being granted to the Governor of Daman for a journey to and back from Dadra on the very day before the attack. If, in the circumstances alleged by India, passage by anyone was likely to excite the hostility of the Indian population, it would surely have been the passage of the Governor. Nothing of the kind occurred. Why should it be supposed that the passage of his delegates, who were unarmed, would have had different repercussions?

53. From all that I have said I conclude that:

(a) Portugal has proved that it is the holder of a right of transit through the territory of India for all that is necessary for the full exercise of its sovereignty over the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli.

b) Ce droit ne peut pas manquer de comprendre le passage des éléments de la force publique et les armes nécessaires au maintien de l'ordre intérieur, c'est-à-dire à l'exercice de la fonction de police dans ces territoires.

c) L'Inde a agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit de passage du Portugal.

(Signé) FERNANDES.

(b) This right cannot fail to include the passage of elements of the public forces and the arms necessary for the maintenance of internal order, that is, for the exercise of police functions in those territories.

(c) India has acted contrary to the legal obligations binding upon it by virtue of Portugal's right of passage.

(Signed) FERNANDES.