

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

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

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.

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

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.

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

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

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.

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-

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.

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).

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

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:

« 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

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

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

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

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.

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

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.

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.

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.