

## OPINION DISSIDENTE DE M. MORENO QUINTANA

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

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

\* \* \*

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

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

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

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

\* \* \*

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

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

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

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

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

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

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

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

\* \* \*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

\* \* \*

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

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

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

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

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

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

\* \* \*

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

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



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

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

(Signé) Lucio M. MORENO QUINTANA.