

This volume should be quoted as:

*"I.C.J. Pleadings, Case concerning Right of Passage over
Indian Territory (Portugal v. India), Vol. IV."*

Le présent volume doit être cité comme suit:

*«C. I. J. Mémoires, Affaire du droit de passage sur
territoire indien (Portugal c. Inde), vol. IV.»*

Sales number 271 N° de vente: 271
--

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

PLEADINGS, ORAL ARGUMENTS, DOCUMENTS

CASE CONCERNING
RIGHT OF PASSAGE OVER
INDIAN TERRITORY
(PORTUGAL *v.* INDIA)

(General List No. 32—Judgments of 26 November 1957
and 12 April 1960)

VOLUME IV

Oral Arguments (Preliminary Objection and Merits)



COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

MÉMOIRES, PLAIDOIRIES ET DOCUMENTS

AFFAIRE DU
DROIT DE PASSAGE
SUR TERRITOIRE INDIEN
(PORTUGAL c. INDE)

(Rôle général n° 32 — Arrêts du 26 novembre 1957
et du 12 avril 1960)

VOLUME IV

Plaidoires (Exception préliminaire et Fond)



CONTENTS¹ — TABLE DES MATIÈRES²

PART II.—ORAL ARGUMENTS

DEUXIÈME PARTIE. — PLAIDOIRIES

SECTION A.—ORAL ARGUMENTS CONCERNING THE PRELIMINARY OBJECTION

SECTION A. — PLAIDOIRIES RELATIVES A L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

MINUTES.—PROCÈS-VERBAUX

	Page
Public hearings held from 23 September to 11 October 1957.— Audiences publiques tenues du 23 septembre au 11 octobre 1957	4
Public hearing held on 26 November 1957.—Audience publique tenue le 26 novembre 1957.	11

ANNEX TO THE MINUTES.—ANNEXE AUX PROCÈS-VERBAUX

1. Statement of Shri B. K. Kapur (India) (23 IX 57)	13
2. Oral argument of Shri M. C. Setalvad (India) (23 IX 57)	14
3. Oral argument of Professor C. H. M. Waldock (India) (24-25 IX 57)	25
4. Plaidoirie de M. P. Guggenheim (Inde) (25 IX 57)	51
5. Oral argument of Sir Frank Soskice (India) (26-27 IX 57)	63
6. Plaidoirie de M. P. Guggenheim (Inde) (27 IX 57)	93
7. Oral argument of Sir Frank Soskice (India) (27 IX 57)	100
8. Oral argument of Shri M. C. Setalvad (India) (27 IX 57)	102
9. Plaidoirie de M. Galvão Telles (Portugal) (30 IX 57 et 1 X 57)	105
10. Plaidoirie de M. M. Bourquin (Portugal) (1-3 X 57)	131
11. Plaidoirie de M. Galvão Telles (Portugal) (3 X 57)	189
12. Reply of Shri M. C. Setalvad (India) (5-8 X 57)	194
13. Duplique de M. Galvão Telles (Portugal) (10-11 X 57)	237
14. Duplique de M. M. Bourquin (Portugal) (11 X 57)	254

¹ The page references originally appearing in the oral arguments have been altered to correspond with the pagination of the present edition. Where the reference is to another volume of the present edition, the volume is indicated by a figure in heavy Roman type.

² Les renvois d'une plaidoirie à l'autre ont été modifiés pour tenir compte de la pagination de la présente édition. Lorsqu'il s'agit d'un renvoi à un autre volume de la présente édition, un chiffre romain gras indique le numéro de ce volume.

SECTION B.—ORAL ARGUMENTS CONCERNING THE MERITS AND THE
PRELIMINARY OBJECTIONS JOINED TO THE MERITSSECTION B.—PLAIDOIRIES RELATIVES AU FOND ET AUX
EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES JOINTES AU FOND

MINUTES.—PROCÈS-VERBAUX

	Page
Public hearings held from 21 September to 6 November 1959.— Audiences publiques tenues du 21 septembre au 6 novembre 1959 . . .	276
Public hearing held on 12 April 1960.—Audience publique tenue le 12 avril 1960	289

ANNEX TO THE MINUTES.—ANNEXE AUX PROCÈS-VERBAUX

1. Plaidoirie de M. Galvão Telles (Portugal) (21-22 IX 59)	291
2. Plaidoirie de M. M. Bourquin (Portugal) (22-23 IX 59)	306
3. Plaidoirie de M. Braga da Cruz (Portugal) (23-25 IX 59)	332
4. Plaidoirie de M. da Silva Cunha (Portugal) (25 IX 59)	383
5. Plaidoirie de M. Galvão Telles (Portugal) (25-30 IX 59)	395
6. Plaidoirie de M. M. Bourquin (Portugal) (30 IX et 1 X 59)	485
7. Plaidoirie de M. P. Lalive d'Épinay (Portugal) (1-2 X 59)	516
8. Plaidoirie de M. M. Bourquin (Portugal) (2-6 X 59)	532
9. Plaidoirie de M. Galvão Telles (Portugal) (6 X 59)	601
10. Oral argument of Shri M. C. Setalvad (India) (9 X 59)	619
11. Plaidoirie de M. H. Rolin (Inde) (9-12 X 59)	632
12. Plaidoirie de M. P. Guggenheim (Inde) (12-13 X 59)	673
13. Oral argument of Shri M. C. Setalvad (India) (14-15 X 59)	707
14. Oral argument of Sir Frank Soskice (India) (15-16 X 59)	737
15. Oral argument of Professor C. H. M. Waldock (India) (16-17 X 59)	770
16. Oral argument of Shri M. C. Setalvad (India) (19-20 X 59)	794
17. Oral argument of Professor C. H. M. Waldock (India) (20-21 X 59)	830

[The remainder of the Annex to the Minutes (oral replies and rejoinders) will be found in Volume V.]

[On trouvera la suite et fin de l'Annexe aux Procès-Verbaux (répliques et dupliques) dans le volume V.]

PART II

ORAL ARGUMENTS

PUBLIC HEARINGS

*held at the Peace Palace, The Hague, from 23 September to 11 October
and on 26 November 1957 (Preliminary Objection), the President,
Mr. Hackworth, presiding,
and from 21 September to 6 November 1959 and 12 April 1960
(Merits), the President, Mr. Klaestad, presiding*

DEUXIÈME PARTIE

PLAIDOIRIES

AUDIENCES PUBLIQUES

*tenues au Palais de la Paix, La Haye, du 23 septembre au 11 octobre
et le 26 novembre 1957 (exception préliminaire), sous la présidence de
M. Hackworth, Président,
et du 21 septembre au 6 novembre 1959 et le 12 avril 1960 (fond),
sous la présidence de M. Klaestad, Président*

SECTION A

ORAL ARGUMENTS CONCERNING
THE PRELIMINARY OBJECTION

PUBLIC HEARINGS

*held from 23 September to 11 October and on 26 November 1957,
the President, Mr. Hackworth, presiding*

SECTION A

PLAIDOIRIES CONCERNANT
L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE

AUDIENCES PUBLIQUES

*tenues du 23 septembre au 11 octobre et le 26 novembre 1957, sous la
présidence de M. Hackworth, Président*

MINUTES OF THE HEARINGS HELD FROM
23 SEPTEMBER TO 11 OCTOBER AND ON
26 NOVEMBER 1957

YEAR 1957

THIRTEENTH PUBLIC HEARING (23 IX 57, 4 p.m.)

Present: President HACKWORTH; Vice-President BADAWI; Judges GUERRERO, BASDEVANT, WINIARSKI, ZORIČIĆ, KLAESTAD, READ, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, Sir Muhammad ZAFRULLA KHAN, Sir Hersch LAUTERPACHT, MORENO QUINTANA, CÓRDOVA, WELLINGTON KOO; Judges ad hoc CHAGLA and FERNANDES; Registrar LÓPEZ OLIVÁN.

Also present:

For the Government of the Republic of India:

Shri B. K. KAPUR, Ambassador of India at The Hague, *as Agent*;

Shri M. C. SETALVAD, Attorney General of India,

The Rt. Hon. Sir Frank SOSKICE, Q.C., M.P., former Attorney General of England,

Prof. C. H. M. WALDOCK, C.M.G., O.B.E., Q.C., Chichele Professor of Public International Law at the University of Oxford,

Professor P. GUGGENHEIM, Professor of International Law at the Law Faculty of the University of Geneva and at the Graduate Institute of International Studies,

Mr. J. G. LE QUESNE, Member of the English Bar,

as Counsel;

Shri J. M. MUKHI, Legal Adviser to the Ministry of External Affairs, *as Assistant Agent and Secretary.*

For the Government of the Republic of Portugal:

Dr. João de Barros FERREIRA DA FONSECA, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Portugal at The Hague, *as Agent*;

Prof. Doctor Inocêncio GALVÃO TELLES, Director of the Faculty of Law of the University of Lisbon, Member of the Upper House (Câmara Corporativa), *as Agent, Advocate and Counsel;*

Prof. Maurice BOURQUIN, Professor at the Faculty of Law of the University of Geneva and at the Graduate Institute of International Studies, *as Advocate and Counsel;*

Prof. Pierre LALIVE D'ÉPINAY, Professor at the Faculty of Law at the University of Geneva,

Dr. Henrique MARTINS DE CARVALHO, Counsellor for Overseas in the Ministry for Foreign Affairs,

Dr. Alexandre LOBATO, Secretary of the Centre for Overseas Historical Studies, *as Expert Advisers;*

PROCÈS-VERBAUX DES AUDIENCES TENUES
DU 23 SEPTEMBRE AU 11 OCTOBRE ET LE
26 NOVEMBRE 1957

ANNÉE 1957

TREIZIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (23 IX 57, 16 h.)

Présents: M. HACKWORTH, *Président*; M. BADAWI, *Vice-Président*; MM. GUERRERO, BASDEVANT, WINIARSKI, ZORIČIĆ, KLAESTAD, READ, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, sir Muhammad ZAFRULLA KHAN, sir Hersch LAUTERPACHT, MM. MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, *Juges*; MM. CHAGLA et FERNANDES, *Juges ad hoc*; M. LÓPEZ OLIVÁN, *Greffier*.

Présents également:

Pour le Gouvernement de la République de l'Inde:

Shri B. K. KAPUR, ambassadeur de l'Inde à La Haye, *comme agent*;

Shri M. C. SETALVAD, *Attorney General* de l'Inde,

Le très honorable Sir Frank SOSKICE, Q.C., M.P., ancien *Attorney General* d'Angleterre,

Le professeur C. H. M. WALDOCK, C.M.G., O.B.E., Q.C., professeur de droit international public à l'Université d'Oxford (Chaire Chichele),

Le professeur P. GUGGENHEIM, professeur de droit international à la faculté de droit de l'Université de Genève et à l'Institut universitaire de hautes études internationales,

M. J. G. LE QUESNE, membre du barreau anglais,

comme conseils;

Shri J. M. MUKHI, conseiller juridique du ministère des Affaires extérieures, *comme agent adjoint et secrétaire*.

Pour le Gouvernement de la République du Portugal:

Le Dr João de Barros FERREIRA DA FONSECA, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire du Portugal à La Haye, *comme agent*;

Le Prof. Docteur Inocêncio GALVAO TELLES, directeur de la faculté de droit de l'Université de Lisbonne, membre de la Chambre Haute (Câmara Corporativa), *comme agent, avocat et conseil*;

Le prof. Maurice BOURQUIN, professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève et à l'Institut universitaire de hautes études internationales, *comme avocat et conseil*;

Le prof. Pierre LALIVE D'ÉPINAY, professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève,

Le Dr Henrique MARTINS DE CARVALHO, conseiller pour l'Outremer au ministère des Affaires étrangères,

Le Dr Alexandre LOBATO, secrétaire du Centre d'études historiques de l'Outremer, *comme experts*;

Dr. Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, Secretary of the Embassy of Portugal at The Hague, as *Secretary*.

The PRESIDENT opened the hearing and said that the Court was assembled to deal with the Preliminary Objections raised by the respondent in the dispute between the Republic of Portugal and the Republic of India concerning right of passage over Indian territory. Proceedings in this case were instituted by an Application by the Government of the Republic of Portugal, filed in the Registry on 22 December 1955. By an Order of 13 March 1956, the Court fixed 15 June 1956 as the time-limit for the filing of a Memorial by the Government of the Republic of Portugal and 15 December 1956 as the time-limit for the filing of a Counter-Memorial by the Government of the Republic of India, and reserved the rest of the procedure for further decision.

The Memorial was filed within the time fixed. However, at the request of the Government of the Republic of India, which had expressed an intention to file a Preliminary Objection to the exercise of jurisdiction by the Court, the time-limit for the filing of the Counter-Memorial or of the Preliminary Objection was postponed by an Order dated 27 November 1956 to 15 April 1957. Within the time-limit so fixed, the Government of the Republic of India filed a Preliminary Objection contending that the Court is without jurisdiction to entertain the Application filed by Portugal.

The proceedings on the merits were thereupon suspended, and by an Order dated 16 April 1957, 15 June 1957 was fixed as the time-limit within which the Government of the Republic of Portugal might present a written statement of its Observations and Submissions on the Objections thus filed. Later, at the request of the Government of the Republic of Portugal, the Court, by an Order dated 18 May 1957, extended this time-limit to 15 August 1957.

This last-mentioned statement having been duly filed the Court was now called upon to deal with the Objections to the exercise by it of jurisdiction in the case.

Since the Court did not include upon the Bench any Judge of the nationality of either of the Parties in this case, each of the two Governments had availed itself of the right conferred by Article 31 of the Statute of the Court to designate a Judge *ad hoc*. The Government of India had designated the Honourable Mahomed Ali Currim Chagla, Chief Justice of Bombay, and the Government of Portugal had designated Dr. Manuel Fernandes, former Director-General of the Ministry of Justice and a Member of the International Relations Division of the "*Câmara Corporativa*" (Upper House).

The President called upon the Honourable Mohamed Ali Currim Chagla and Dr. Manuel Fernandes to make the solemn declaration prescribed by Article 20 of the Statute of the Court.

The Honourable MAHOMED ALI CURRIM CHAGLA and Dr. MANUEL FERNANDES made the solemn declaration prescribed by Article 20 of the Statute of the Court.

The PRESIDENT placed on record the declarations made by the Honourable Mahomed Ali Currim Chagla and Dr. Manuel Fernandes and declared them duly installed as Judges *ad hoc* for the purposes of the present case.

Le D^r Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, secrétaire de l'ambassade de Portugal à La Haye, *comme secrétaire*.

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et déclare que la Cour se réunit pour examiner les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur dans le différend qui s'est élevé entre la République du Portugal et la République de l'Inde au sujet du droit de passage sur territoire indien. L'instance en cette affaire a été introduite par une requête du Gouvernement de la République du Portugal déposée au Greffe le 22 décembre 1955. Par ordonnance du 13 mars 1956, la Cour a fixé au 15 juin 1956 l'expiration du délai pour le dépôt du mémoire du Gouvernement de la République du Portugal et au 15 décembre 1956 l'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire du Gouvernement de la République de l'Inde et a réservé la suite de la procédure.

Le mémoire a été déposé dans le délai prescrit. Toutefois, à la demande du Gouvernement de la République de l'Inde, qui avait annoncé l'intention de soulever une exception préliminaire à l'exercice de la compétence de la Cour, le délai pour le dépôt du contre-mémoire ou de l'exception préliminaire a été, par ordonnance du 27 novembre 1956, prorogé au 15 avril 1957. Dans le délai ainsi fixé, le Gouvernement de la République de l'Inde a déposé une exception préliminaire, soutenant que la Cour est incompétente pour connaître de la requête déposée par le Portugal.

La procédure sur le fond a été suspendue en conséquence et, par ordonnance du 16 avril 1957, un délai, expirant le 15 juin 1957, a été accordé au Gouvernement de la République du Portugal pour présenter l'exposé écrit de ses observations et conclusions sur les exceptions ainsi soulevées. Par la suite, à la demande du Gouvernement de la République du Portugal, la Cour, par ordonnance du 18 mai 1957, a prorogé ce délai jusqu'au 15 août 1957.

Ce dernier exposé ayant été déposé dans le délai prescrit, la Cour est appelée aujourd'hui à examiner les exceptions à l'exercice de sa compétence en cette affaire.

Attendu que la Cour ne compte sur le siège aucun juge de la nationalité des Parties en cause, chacun des deux Gouvernements intéressés s'est prévalu du droit que lui confère l'article 31 du Statut de la Cour pour désigner un juge *ad hoc*. Le Gouvernement de l'Inde a désigné l'honorable Mahomed Ali Currim Chagla, *Chief Justice* de Bombay, et le Gouvernement du Portugal a désigné le D^r Manuel Fernandes, ancien directeur général au ministère de la Justice et membre de la Section des relations internationales de la Chambre Haute.

Le Président invite l'honorable Mohamed Ali Currim Chagla et le D^r Manuel Fernandes à faire la déclaration solennelle prescrite à l'article 20 du Statut de la Cour.

L'honorable MAHOMED ALI CURRIM CHAGLA et le D^r MANUEL FERNANDES font la déclaration solennelle prescrite à l'article 20 du Statut de la Cour.

Le PRÉSIDENT prend acte des déclarations faites par l'honorable Mahomed Ali Currim Chagla et par le D^r Manuel Fernandes et les déclare installés en leurs fonctions de juges *ad hoc* aux fins de la présente affaire.

The President stated that the Government of the Republic of Portugal was represented by Dr. João de Barros Ferreira da Fonseca, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Portugal at The Hague, as Agent, and by Professor Inocêncio Galvão Telles, Director of the Faculty of Law of Lisbon, Member of the Upper House (Câmara Corporativa), as Agent, Advocate and Counsel, assisted by Counsel and Expert Advisers.

The Government of the Republic of India was represented by Shri B. K. Kapur, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of India at The Hague, as Agent, and by Shri J. M. Mukhi, Legal Adviser in the Ministry of External Affairs, as Assistant Agent, assisted by Counsel and Expert Advisers.

The President noted the presence in Court of the Agents and Counsel of the two Governments.

In accordance with Article 51 of the Rules of Court, the Court had decided to hear first the Agent of the Government of the Republic of India, that Government having lodged the Preliminary Objection.

The President requested the Parties to interrupt their speeches at convenient intervals, for example, every ten or fifteen minutes, in order to permit of translation.

He called upon the Agent of the Government of the Republic of India

Shri B. K. KAPUR made the statement reproduced in the Annex ¹.
The President called upon the Attorney General of India.

Shri M. C. SETALVAD made the speech reproduced in the Annex ².
(The Court rose at 5.50 p.m.)

(Signed) Green H. HACKWORTH,
President.

(Signed) J. LÓPEZ OLIVÁN,
Registrar.

FOURTEENTH PUBLIC HEARING (24 IX 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57, with the exception of Shri B. K. Kapur and the Rt. Hon. Sir Frank Soskice.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of the Republic of India.

Professor C. H. M. WALDOCK began the statement reproduced in the Annex ³.

(The Court adjourned from 12.05 p.m. to 4 p.m.)

Professor WALDOCK continued the statement reproduced in the Annex ⁴.

(The Court rose at 5.45 p.m.)

[Signatures.]

¹ See p. 13.

² " pp. 14-24.

³ " " 25-33.

⁴ " " 33-41.

Le Président déclare que le Gouvernement de la République du Portugal est représenté par le D^r João de Barros Ferreira da Fonseca, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire du Portugal à La Haye, comme agent, et par le prof. Inocêncio Galvão Telles, directeur de la faculté de droit de Lisbonne, membre de la Chambre haute, comme agent, avocat et conseil, assistés de conseils et d'experts.

Le Gouvernement de la République de l'Inde est représenté par Shri B. K. Kapur, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de l'Inde à La Haye, comme agent, et par Shri J. M. Mukhi, conseiller juridique du ministère des Affaires extérieures, comme agent adjoint, assistés de conseils et d'experts.

Le Président note la présence à l'audience des agents et conseils des deux Gouvernements.

Conformément à l'article 51 du Règlement, la Cour décide d'entendre d'abord l'agent du Gouvernement de la République de l'Inde, ce Gouvernement ayant soulevé l'exception préliminaire.

Le Président invite les Parties à interrompre leurs exposés aux intervalles qui leur seront commodes, par exemple toutes les dix ou quinze minutes, pour en permettre la traduction.

Il donne la parole à l'agent du Gouvernement de la République de l'Inde.

Shri B. K. KAPUR fait la déclaration reproduite en annexe ¹.

Le PRÉSIDENT donne la parole à l'*Attorney General* de l'Inde.

Shri M. C. SETALVAD prononce le discours reproduit en annexe ².

(L'audience est levée à 17 h. 50.)

Le Président,

(*Signé*) Green H. HACKWORTH.

Le Greffier,

(*Signé*) J. LÓPEZ OLIVÁN.

QUATORZIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (24 IX 57, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 23 IX 57, à l'exception de Shri B. K. Kapur et de sir Frank Soskice, absents.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement de la République de l'Inde.

Le professeur C. H. M. WALDOCK commence l'exposé reproduit en annexe ³.

(L'audience est suspendue à 12 h. 5 et reprise à 16 h.)

Le professeur WALDOCK continue l'exposé reproduit en annexe ⁴.

(L'audience est levée à 17 h. 45.)

[*Signatures.*]

¹ Voir p. 13.

² » pp. 14-24.

³ » » 25-33.

⁴ » » 33-41.

FIFTEENTH PUBLIC HEARING (25 IX 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of the Republic of India.

Professor C. H. M. WALDOCK concluded the speech reproduced in the Annex ¹.

Professor P. GUGGENHEIM began the speech reproduced in the Annex ².

(The Court adjourned from 1 p.m. to 3 p.m.)

Professor P. GUGGENHEIM concluded the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court rose at 4.30 p.m.)

[Signatures.]

SIXTEENTH PUBLIC HEARING (26 IX 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of the Republic of India.

Sir Frank SOSKICE began the speech reproduced in the Annex ⁴.

(The Court adjourned from 12.45 p.m. to 4 p.m.)

Sir Frank SOSKICE continued the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court rose at 5.55 p.m.)

[Signatures.]

SEVENTEENTH PUBLIC HEARING (27 IX 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of the Republic of India.

Sir Frank SOSKICE concluded the statement reproduced in the Annex ⁶.

Professor GUGGENHEIM made the speech reproduced in the Annex ⁷.

(The Court adjourned from 12.50 p.m. to 4 p.m.)

Sir Frank SOSKICE made the speech reproduced in the Annex ⁸.

The ATTORNEY GENERAL of India presented the conclusions of the Government of the Republic of India reproduced in the Annex ⁹.

(The Court rose at 4.40 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 41-50.

² " " 51-55.

³ " " 55-62.

⁴ " " 63-74.

⁵ " " 75-85.

⁶ " " 85-92.

⁷ " " 93-99.

⁸ " " 100-101.

⁹ " " 102-104.

QUINZIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (25 IX 57, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 23 IX 57.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement de la République de l'Inde.

Le professeur WALDOCK termine l'exposé reproduit en annexe ¹.

Le professeur P. GUGGENHEIM commence l'exposé reproduit en annexe ².

(L'audience est levée de 13 h. jusqu'à 15 h.)

Le professeur P. GUGGENHEIM termine l'exposé reproduit en annexe ³.

(L'audience est levée à 16 h. 30.)

[Signatures.]

SEIZIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (26 IX 57, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 23 IX 57.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement de la République de l'Inde.

Sir Frank SOSKICE commence l'exposé reproduit en annexe ⁴.

(L'audience est suspendue à 12 h. 45 et reprise à 16 h.)

Sir Frank SOSKICE continue l'exposé reproduit en annexe ⁵.

(L'audience est levée à 17 h. 55.)

[Signatures.]

DIX-SEPTIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (27 IX 57, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 23 IX 57.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement de la République de l'Inde.

Sir Frank SOSKICE termine l'exposé reproduit en annexe ⁶.

Le professeur GUGGENHEIM prononce le discours reproduit en annexe ⁷.

(L'audience est suspendue à 12 h. 50 et reprise à 16 h.)

Sir Frank SOSKICE fait la déclaration reproduite en annexe ⁸.

L'ATTORNEY GENERAL de l'Inde présente les conclusions du Gouvernement de la République de l'Inde reproduites en annexe ⁹.

(L'audience est levée à 16 h. 40.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 41-50.

² » » 51-55.

³ » » 55-62.

⁴ » » 63-74.

⁵ » » 75-85.

⁶ » » 85-92.

⁷ » » 93-99.

⁸ » » 100-101.

⁹ » » 102-104.

The PRESIDENT opened the hearing and called upon Professor Bourquin.

Professor BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ¹.
(The Court rose at 5.50 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-FIRST PUBLIC HEARING (3 x 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 30 IX 57.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon Professor Bourquin.

Professor BOURQUIN continued the speech reproduced in the Annex ².
(The Court adjourned from 12.30 p.m. to 4 p.m.)

The PRESIDENT opened the hearing and called upon Professor Bourquin.

Professor BOURQUIN concluded the speech reproduced in the Annex ³.

The PRESIDENT called upon the Agent of the Government of Portugal.

The AGENT OF THE GOVERNMENT OF PORTUGAL read the Submissions of his Government ⁴.

The PRESIDENT announced that the Court would hold a hearing on Saturday morning at 10.30 a.m. to hear the argument in reply of the Indian Government.

(The Court rose at 5.45 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-SECOND PUBLIC HEARING (5 x 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57, with the exception of Vice-President Badawi.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of the Republic of India.

The ATTORNEY GENERAL of India began the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court rose at 12.15 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-THIRD PUBLIC HEARING (7 x 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 5 X 57.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon the Attorney General of India.

Shri M. C. SETALVAD continued the speech reproduced in the Annex ⁶.

(The Court adjourned from 12.45 to 4 p.m.)

¹ See pp. 157-169.

² " " 169-180.

³ " " 180-188.

⁴ " " 189-193.

⁵ " " 194-204.

⁶ " " 204-217.

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole au professeur Bourquin.

Le professeur BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.
(L'audience est levée à 17 h. 50.)

[Signatures.]

VINGT-ET-UNIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (3 x 57, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 30 IX 57.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole au professeur Bourquin.

Le professeur BOURQUIN continue la plaidoirie reproduite en annexe ².
(L'audience est suspendue de 12 h. 30 à 16 h.)

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole au professeur Bourquin.

Le professeur BOURQUIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ³.

Le PRÉSIDENT donne la parole à l'agent du Gouvernement portugais.

L'AGENT DU GOUVERNEMENT PORTUGAIS donne lecture des conclusions de son Gouvernement ⁴.

Le PRÉSIDENT annonce que la Cour tiendra une audience samedi matin à 10 h. 30 pour entendre la plaidoirie en réponse du Gouvernement indien.

(L'audience est levée à 17 h. 45)

[Signatures.]

VINGT-DEUXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (5 x 57, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 23 IX 57, à l'exception de M. Badawi, Vice-Président, absent.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement de l'Inde.

L'ATTORNEY GENERAL de l'Inde commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience est levée à 12 h. 15.)

[Signatures.]

VINGT-TROISIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (7 x 57, 10 h. 30)

Présents: [Voir audience du 5 x 57.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à l'*Attorney General* de l'Inde.

Shri M. C. SETALVAD continue la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

(L'audience est suspendue de 12 h. 45 à 16 h.)

¹ Voir pp. 157-169.

² » » 169-180.

³ » » 180-188.

⁴ » » 189-193.

⁵ » » 194-204.

⁶ » » 204-217.

The ATTORNEY GENERAL of India continued the speech reproduced in the Annex ¹.

(The Court rose at 6.20 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-FOURTH PUBLIC HEARING (8 X 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57.]

The PRESIDENT opened the hearing and called upon the Attorney General of India.

Shri M. C. SETALVAD concluded the speech reproduced in the Annex ².

(The Court rose at 11.15 a.m.)

[Signatures.]

TWENTY-FIFTH PUBLIC HEARING (10 X 57, 4 p.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57.]

The PRESIDENT called upon the Portuguese Agent.

H.E. Dr. de BARTOS FERREIRA DA FONSECA asked the Court to allow Professor Telles to state the case for his Government.

The PRESIDENT called upon Professor Telles.

Professor TELLES began the speech reproduced in the Annex ³.

(The Court rose at 6.35 p.m.)

[Signatures.]

TWENTY-SIXTH PUBLIC HEARING (11 X 57, 10.30 a.m.)

Present: [See hearing of 23 IX 57.]

The PRESIDENT called upon Counsel for the Government of the Portuguese Republic.

Professor TELLES made the speech reproduced in the Annex ⁴, in the course of which he presented new Submissions with regard to the Sixth Objection of the Government of India.

Professor M. BOURQUIN began the speech reproduced in the Annex ⁵.

(The Court adjourned from 12.40 p.m. to 4 p.m.)

Professor BOURQUIN concluded the speech reproduced in the Annex ⁶.

The PRESIDENT declared the oral proceedings closed.

(The Court rose at 5.25 p.m.)

[Signatures.]

¹ See pp. 217-232.

² " " 232-236.

³ " " 237-252.

⁴ " " 252-253.

⁵ " " 254-265.

⁶ " " 265-274.

L'ATTORNEY GENERAL de l'Inde continue la plaidoirie reproduite en annexe ¹.

(L'audience est levée à 18 h. 20.)

[Signatures.]

VINGT-QUATRIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (8 x 57, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 23 IX 57.]

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et donne la parole à l'*Attorney General* de l'Inde.

Shri M. C. SETALVAD termine la plaidoirie reproduite en annexe ².

(L'audience est levée à 11 h. 15.)

[Signatures.]

VINGT-CINQUIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (10 x 57, 16 h.)

Présents : [Voir audience du 23 IX 57.]

Le PRÉSIDENT donne la parole à l'agent du Gouvernement portugais.

S. Exc. le D^r de Barros FERREIRA DA FONSECA demande à la Cour d'autoriser le professeur Telles à exposer la thèse de son Gouvernement.

Le PRÉSIDENT donne la parole au professeur Telles.

Le professeur TELLES commence la plaidoirie reproduite en annexe ³.

(L'audience est levée à 18 h. 35.)

[Signatures.]

VINGT-SIXIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (11 x 57, 10 h. 30)

Présents : [Voir audience du 23 IX 57.]

Le PRÉSIDENT donne la parole au conseil du Gouvernement de la République portugaise.

Le professeur TELLES prononce la plaidoirie reproduite en annexe ⁴, au cours de laquelle il présente de nouvelles conclusions relatives à la sixième exception du Gouvernement de l'Inde.

Le professeur BOURQUIN commence la plaidoirie reproduite en annexe ⁵.

(L'audience, suspendue à 12 h. 40, est reprise à 16 h.)

Le professeur BOURQUIN termine la plaidoirie reproduite en annexe ⁶.

Le PRÉSIDENT déclare la procédure orale terminée.

(L'audience est levée à 17 h. 25.)

[Signatures.]

¹ Voir pp. 217-232.

² » » 232-236.

³ » » 237-252.

⁴ » » 252-253.

⁵ » » 254-265.

⁶ » » 265-274.

TWENTY-NINTH PUBLIC HEARING (26 XI 57, 10.30 a.m.)

Present: President HACKWORTH; Vice-President BADAWI; Judges GUERRERO, BASDEVANT, WINIARSKI, ZORIČIĆ, KLAESTAD, READ, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, Sir Muhammad ZAFRULLA KHAN, Sir Hersch LAUTERPACHT, MORENO QUINTANA, CÓRDOVA, WELLINGTON KOO; Judges ad hoc CHAGLA and FERNANDES; Registrar LÓPEZ OLIVÁN.

Also present:

For the Government of the Republic of India:

Shri J. A. THIVY, Ambassador-designate of India at The Hague, as *Agent*;

Shri J. M. MUKHI, Legal Adviser to the Ministry of External Affairs, as *Assistant Agent*.

For the Government of the Republic of Portugal:

Dr. João de Barros FERREIRA DA FONSECA, Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary of Portugal at The Hague, as *Agent*;

Prof. Dr. Inocêncio GALVAO TELLES, Director of the Faculty of Law of the University of Lisbon, Member of the Upper House (Câmara Corporativa), as *Agent, Advocate and Counsel*;

Prof. Maurice BOURQUIN, Professor at the Faculty of Law of the University of Geneva and at the Graduate Institute of International Studies, as *Advocate and Counsel*;

Dr. Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, Secretary of the Embassy of Portugal at The Hague, as *Secretary*.

The PRESIDENT opened the hearing and declared that the Court had met for the reading of its Judgment on the Preliminary Objections raised by the Government of India in the Right of Passage case, which was brought before the Court by an Application of the Government of the Portuguese Republic against the Government of the Republic of India.

In accordance with Article 58 of the Statute, due notice had been given to the Agents of the Parties that the Judgment would be read in open Court at the present public hearing.

The President noted the presence in Court of the Agents of the Parties; an official copy of the Judgment would be handed to them during the present hearing.

The Court had decided, in accordance with Article 39 of the Statute, that the English text of the Judgment should be the authoritative text; the President would read that text.

The President read the Judgment ¹.

The President asked the Registrar to read the operative part of the Judgment in French.

The REGISTRAR read the relevant clause in French.

The PRESIDENT declared that Judge Kojevnikov stated that he could not concur either in the operative clause or in the reasoning of the Judgment because, in his opinion, the Court should at the present stage of the proceedings have held that it was without jurisdiction on one or indeed more of the Preliminary Objections raised by the Government of India.

¹ See *I.C.J. Reports 1957*, pp. 125-153.

VINGT-NEUVIÈME AUDIENCE PUBLIQUE (26 XI 57, 10 h. 30)

Présents : M. HACKWORTH, *Président* ; M. BADAWI, *Vice-Président* ; MM. GUERRERO, BASDEVANT, WINIARSKI, ZORIČIĆ, KLAESTAD, READ, ARMAND-UGON, KOJEVNIKOV, sir Muhammad ZAFRULLA KHAN, sir Hersch LAUTERPACHT, MM. MORENO QUINTANA, CORDOVA, WELLINGTON KOO, *Juges* ; MM. CHAGLA et FERNANDES, *Juges ad hoc* ; M. LÓPEZ OLIVÁN, *Greffier*.

Présents également :

Pour le Gouvernement de la République de l'Inde :

Shri J. A. THIVY, désigné comme ambassadeur de l'Inde à La Haye, *comme agent* ;

Shri J. M. MUKHI, conseiller juridique du ministère des Affaires extérieures, *comme agent adjoint*.

Pour le Gouvernement de la République du Portugal :

M. le D^r João de Barros FERREIRA DA FONSECA, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire du Portugal à La Haye, *comme agent* ;

M. le Professeur D^r Inocêncio GALVAO TELLES, directeur de la faculté de droit de l'Université de Lisbonne, membre de la Chambre haute (Câmara Corporativa), *comme agent, avocat et conseil* ;

M. le Professeur Maurice BOURQUIN, professeur à la faculté de droit de l'Université de Genève et à l'Institut universitaire de hautes études internationales, *comme avocat et conseil* ;

M. le D^r Carlos Macieira ARY DOS SANTOS, secrétaire de l'ambassade de Portugal à La Haye, *comme secrétaire*.

Le PRÉSIDENT ouvre l'audience et déclare que la Cour est réunie pour rendre son arrêt sur les exceptions préliminaires soulevées par le Gouvernement de l'Inde dans l'affaire du droit de passage, introduite devant la Cour par requête du Gouvernement de la République portugaise contre le Gouvernement de la République de l'Inde.

Conformément à l'article 58 du Statut, les agents des Parties ont été dûment prévenus qu'il sera donné lecture de l'arrêt au cours de la présente audience publique.

Le Président constate la présence devant la Cour des agents des Parties ; une expédition officielle de l'arrêt leur sera remise au cours de la présente audience.

La Cour a décidé, conformément à l'article 39 du Statut, que le texte anglais de l'arrêt ferait foi ; le Président annonce qu'il va lire ce texte.

Le Président donne lecture de l'arrêt ¹.

Le Président prie le Greffier de donner lecture du dispositif de l'arrêt dans le texte français.

Le GREFFIER lit le dispositif en français.

Le PRÉSIDENT expose que M. Kojevnikov, juge, a déclaré ne pouvoir se rallier ni au dispositif ni aux motifs de l'arrêt parce que, selon son avis, la Cour devrait reconnaître, déjà dans le stade actuel, son incompétence sur une ou même sur plusieurs des exceptions préliminaires soulevées par le Gouvernement de l'Inde.

¹ Voir C. I. J. Recueil 1957, pp. 125-153.

Vice-President Badawi, availing himself of the right conferred upon him by Article 57 of the Statute, appended to the Judgment of the Court a statement of his dissenting opinion ¹.

Judge Klaestad, availing himself of the right conferred upon him by Article 57 of the Statute, appended to the Judgment of the Court a statement of his dissenting opinion ² in which M. Fernandes, Judge *ad hoc*, concurred.

Mr. Chagla, Judge *ad hoc*, availing himself of the right conferred upon him by Article 57 of the Statute, appended to the Judgment of the Court a statement of his dissenting opinion ³.

The authors of these dissenting opinions had informed the President that they did not wish them to be read.

The President closed the hearing.

(The Court rose at 11.25 a.m.)

(Signed) Green H. HACKWORTH,
President.

(Signed) J. LÓPEZ OLIVÁN,
Registrar.

¹ See *I. C. J. Reports 1957*, pp. 154-163.

² „ *ibid.*, pp. 164-165.

³ „ „ „ „ 166-180

M. Badawi, Vice-Président, se prévalant du droit que lui confère l'article 57 du Statut, a joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente ¹.

M. Klaestad, juge, se prévalant du droit que lui confère l'article 57 du Statut, a joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente ², à laquelle M. Fernandes, juge *ad hoc*, a déclaré se rallier.

M. Chagla, juge *ad hoc*, se prévalant du droit que lui confère l'article 57 du Statut, a joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente ³.

Les auteurs de ces opinions dissidentes ont déclaré qu'ils ne désiraient pas que lecture en soit donnée.

Le Président déclare l'audience levée.

(L'audience est levée à 11 h. 25.)

Le Président,

(Signé) Green H. HACKWORTH.

Le Greffier,

(Signé) J. LÓPEZ OLIVÁN.

¹ Voir *C. I. J. Recueil 1957*, pp. 154-163.

² » *ibid.*, pp. 164-165.

³ » » , » 166-180.

**ANNEX TO THE MINUTES
ANNEXE AUX PROCÈS-VERBAUX**

1. STATEMENT OF SHRI B. K. KAPUR
(AGENT OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARING OF 23 SEPTEMBER 1957

Mr. President and Members of the Court:

I have the honour to appear before you to present the Preliminary Objection of my Government in connection with the Application of the Portuguese Government. I have the honour of being assisted by a team of eminent Counsel headed by the Attorney General of India. If the Court permits, the Attorney General of India, Shri M. C. Setalvad, will open the case for the Government of India.

2. ORAL ARGUMENT OF SHRI M. C. SETALVAD
 (COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
 AT THE PUBLIC HEARING OF 23 SEPTEMBER 1957

Mr. President and Members of the Court:

Permit me to express what a great privilege I consider it to be to appear before this honourable Court, which represents to-day the legal conscience of the world. This is the first time, I believe, that Indian Counsel has ever appeared before the Court; and this is the first time also that the Government of India appears before the Court. That is not, however, to say that India has had no association with the Court. India has been associated with the Court through one of its illustrious sons, the late Sir Benegal Narsinga Rau, who, alas, was not spared by providence to serve the Court for any length of time.

The Court is no stranger to India. The Government of India considers itself one of the Court's strongest supporters and it would sincerely desire that the jurisdiction of the Court be widened and strengthened. Along with certain other countries, the Government of India subscribed to the Optional Clause as far back as 1930. The object of the Optional Clause is to institute *ipso facto* jurisdiction, but only between those States which have freely accepted such jurisdiction, and only on condition of strict reciprocity and mutuality. It is the firm belief of the Government of India that the jurisdiction of the International Court cannot be effective unless it is the result and the expression of the unforced desire of the Parties that the Court should adjudicate upon their disputes. This is, indeed, the essence of the Optional Clause, and it is the hope of the Government of India that the Court would refuse to recognize as valid any practice which might derogate from this essential principle, and that it would prevent an abuse or misuse of the Optional Clause system.

The most recent, and perhaps the grossest, instance of the abuse of the Optional Clause is the Application of Portugal made on the 22nd of December, 1955. This Application against India was brought on the basis of, and only three days after, a Portuguese Declaration purporting to be under the Optional Clause, but which, we submit, is one which violates both the letter and the spirit of the Optional Clause. This Application, again, was an instance of a breach of the minimum of courtesy and good faith that nations expect of each other, and which I am certain that the Court expects of nations.

On the 17th of December, 1955, Portugal was admitted to membership of the United Nations with the vote, amongst others, of India. Thereupon, Portugal immediately took steps with the most extraordinary haste to institute these proceedings against India. On the 19th of December, only two days after Portugal had been admitted, the Portuguese representative to the United Nations made a Declaration purporting to accept the compulsory jurisdiction of the Court under the Optional Clause. It was not until two days later, on the 21st of December, that he even deposited his full powers to do so with the Secretary-General. On the 22nd of December, the Portuguese Govern-

ment filed an Application with the Court instituting proceedings against India. At the time of the filing of the Application, neither the Court, nor the Government of India, had any information whatever that Portugal had made any Declaration under the Optional Clause, valid or invalid; and the contents of the Portuguese Declaration did not, we understand, reach the Registry of the Court until five days had elapsed from the date of the Application. And, in spite of the urgent efforts of the Government of India, through its representatives at New York and at The Hague, the contents of the Declaration did not reach the Government of India till eight days had elapsed from the time of the Application. In the Application itself, all that could be found about the acceptance by Portugal of the Optional Clause were the following words:

“Paragraph 22: The Court had jurisdiction to determine the dispute submitted to it by the present Application for the reason that both Portugal and India have accepted the so-called Optional Clause which forms the subject of Article 36 (2) of the Statute of the Court.”

Portugal did not have the courtesy either to inform the Government of India that it had made such a Declaration or that it had filed an Application with the Court.

Mr. President, I wonder if it would be unfair to conclude from this that Portugal wished to effect a surprise on India; and I also wonder, Mr. President, if it would be the desire of the Court that parties should be brought before it by surprise Applications. Furthermore, the attempt so to bring India before the Court in this case may well raise the question whether the making of the Portuguese Declaration was indeed out of respect for the system of the Optional Clause and in genuine acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court, or was intended only to make it technically possible for Portugal to file the present Application.

This case has thus been brought before the Court as a result of diplomatic proceedings by Portugal, which can only be described as extraordinary. The Declaration was filed in New York before even the power to file it had been conferred. The Application was filed at The Hague before there had been any opportunity for the Registrar—to say nothing of the opposing Party—even to hear of the Declaration. So far, at any rate, as the researches of my colleagues have been able to discover, such unseemly haste is quite unexampled both in the records of the Court and in those of the Permanent Court of International Justice. When States engage in legal proceedings before this Court, certain standards of courtesy and consideration are normally observed between them. I venture to submit that the Government of Portugal, by the unprecedented manner in which it has instituted these proceedings, has departed from these standards, and by filing what may justly be called a “surprise” Application has fallen short of the conduct which is observed by States resorting to a court of international justice. In the circumstances which I have described, it will be appreciated that the Government of India, while meaning no disrespect to this Court, feels both entitled and obliged to stand strictly upon its rights under Article 36 of the Statute. These rights are not to be brought before the Court except under a valid Declaration, and under those conditions of equality, reciprocity and mutuality which are the basis and essence of the Optional Clause.

In its Application, in paragraph 60, Portugal asked the Court to recognize and declare, in the words used there, "that Portugal is the holder or beneficiary of a right of passage between its territory of Damão (littoral Damão) and the enclaved territories of Dadra and Nagar-Aveli...".

The matter then concerns Portuguese colonies in India, or, as they are usually termed, Portuguese possessions in India, or as the Portuguese Government is fond of describing them, the "Portuguese State of India".

It is not possible for the Court truly to appreciate the nature of these matters which Portugal seeks to bring before it unless these matters are seen to be what in fact they are—merely a part of the Indo-Portuguese dispute, which is a non-justiciable dispute with an extensive political background. In order that this may become clear, it is necessary for me to explain something of this background; and the Court may find it helpful to examine Map No. 1, which has been placed in the folder at the back cover of our Preliminary Objection, Volume 1. This map is not large enough to show the entire State of Bombay. It gives only a part of the State of Bombay and it shows the Portuguese colonies of Goa, Daman and Diu, and also the territories of Dadra and Nagar-Aveli: but a rough comparison between the size of the Portuguese possessions and the size of larger India can be easily gained by looking at this map.

The population of the Portuguese colonies in 1951 was a little more than half a million. More than half the population of the Portuguese colonies were Hindus, the next in number were Christians; and the rest were Muslims, Parsees, Jews and Buddhists. Again, Mr. President, let me repeat: a little more than half a million. The population of India is more than 357 million. This population consists of Hindus, Muslims, Christians, Parsees, Jews and Buddhists; and it is significant that while the Portuguese colonial possessions in India have less than one fourth of a million of Christian population, there are in the rest of India over 8 million Christians.

Mr. President, I do not wish to give an account of 16th century practices. What happened then is dead and past and we need not revive unpleasant memories of those times—unpleasant at least in so far as the Portuguese presence in India was concerned. The Portuguese came and acquired these colonies almost entirely by war and conquest. As we have pointed out in the Preliminary Objection, in the portion relating to the Maratha period, the Portuguese gained control over certain areas by means of misrepresentation. I shall not use a stronger word.

But what is astonishing is that in spite of the methods adopted by Portugal—namely, violence and forced conversion—or what they describe in Annex 1 to their Observations as "Portuguese Lusitanization"—the population in the Portuguese colonies in India continues to have close cultural, linguistic and social bonds with the rest of the population of India. The people of Goa, Daman and Diu are in race, religion, language, culture and aspirations, Indian—and nothing else. When, later, India began its struggle for independence, the aspirations of Indians in French and Portuguese colonies in India were not different. The only difference was that whereas in British India the Indians had greater freedom to agitate for their rights, there was in Portuguese India a systematic repression of liberties. In 1947 Britain, which had very large possessions in India, withdrew in an atmosphere of friendship

and good will on both sides. This was no doubt due to the immense sacrifices made by the people of India and their leaders in their struggle, a non-violent struggle, for national emancipation. It was indeed a novel thing for the world and the credit must go not only to Mahatma Gandhi and the people of India but also to a Government which had the good sense to realize that Asia was awake. The French, too, as a result of negotiation with the Government of independent India, withdrew from their colonies in India in 1950 and 1954. Both these Governments, the British and the French, realized that in the mid-20th century a people could not be denied their birthright of independence. They recognized this with good grace and respected the aspirations of the Indian people, but the Portuguese, alas, would not show understanding. They refused even to discuss the principle of independence and they maintained, as they maintain even now, that the Portuguese colonies in India are "Portugal". In this connection I may refer also to the text of a speech made by Dr. Salazar which is found at Annex 17 to the Observations of the Portuguese Government. In this speech, while repudiating vigorously the suggestions that Portugal's occupation in India can be described as "colonialism", he explains what he conceives to be the character of that occupation. Regardless alike of history, of geography, of language and of race, he considers the territories occupied by Portugal and the inhabitants of those territories as part of the Portuguese nation. Mr. President, much has been claimed in the past for the effect of conquest and repression; but I do not know that it has ever been claimed before that by these things one nation can be transformed into another. And in the same speech Dr. Salazar declares that there can never be any question of the surrender of Portuguese sovereignty over those territories; and even admits that in, what he calls, "the Portuguese State of India", nobody is allowed either to speak or to act in favour of union with India.

From the year 1947 the Portuguese Government embarked on a policy of hostility towards independent India. It augmented its armed forces and adopted a policy of severe repression inside its colonies. It broke down the traditional good neighbour relationship which had existed between British India and the Portuguese possessions; and, by legislation, administrative order and regulation, it put an end to the free intercourse which had, up to that time, existed between Indian territory and Portuguese colonial territory.

Inside its colonies in India, as well outside in free India, there grew an intense agitation for freedom from Portuguese rule. The more the Portuguese repressed this movement inside the colonies the greater were the repercussions in India, especially in Bombay where large sections of Goans reside. Goans are the inhabitants of Goa, both Hindus and Christians; the language spoken by them is Konkani, an Indian language not very different from Marathi. There are in India about 150 thousand Goans—a number equal approximately to a fourth of Goa's population. About 80 thousand or more reside in Bombay. Traditionally, even during British times, Goans have been treated in India on equality with the rest of the population. The repression in Goa affected these people intensely and, having got used to the air of freedom in India they wanted, and still want, the Portuguese to leave their place of birth, Goa. Time and again, the Government of India warned the Portuguese Government and asked it to respect the aspirations of the people and

to withdraw from India in a peaceful manner. Time and again it warned them that the situation was becoming unbearable and that the denial of freedom, coupled with the use of force inside the Portuguese colonies in India was having serious repercussions in India. Mr. President, it will, I hope, be appreciated that in view of the strong feelings aroused, the Government of India has exercised great self-restraint in face not only of intransigence but also of a policy of violence on the part of the Portuguese Government. We are committed to a policy of peace. It has been suggested, and continues to be suggested, that militarily the Portuguese colonies in India could become a part of independent India in less than two days' time. But we do not wish to seek a solution that way. We wish to reach a solution through negotiation and settlement and we are at least entitled to ask that Portugal should negotiate with us on the principle of independence. We consider that 18th and 19th century colonialism is out of date in the 20th century and we expect that Portugal should recognize this fact and make a voluntary, peaceful, friendly withdrawal from India. This, Mr. President, is the political background to the Application, the unilateral Application which has been brought before the Court. It comes as a shock to some people that the initiative in this matter has been taken not by India, which is indeed the aggrieved party, but by Portugal. Is it, Mr. President, that Portugal wishes this Application to serve the purely political purpose of obtaining from this Court an endorsement of the continued occupation by Portugal of her colonial possessions in India?

The conclusion which I have suggested, Mr. President, is strengthened by the fact that here and there, in the Application and in the Memorial, and in the Observations, Portugal has found it convenient to allege that the Government of India was responsible for the liberation by the Goans of the enclaved territories of Dadra and Nagar-Aveli in July-August 1954. It has at several places made this charge, irrelevant to the question of an alleged right of passage in international law, presumably in an attempt to prejudice the Court against India. In its Observations the Portuguese Government has produced certain documents which, it claims, support its allegations. Let me say, Mr. President, that these allegations are entirely untrue and slanderous. They are completely refuted in the Introduction to our Preliminary Objection and even by the documents which the Portuguese Government has thought fit to produce. We could, if necessary, on the basis of these very documents which have been produced by the Portuguese Government, prove that the allegations are without foundation and have been brought forward only in order to prejudice the Court.

Mr. President, we do not wish this Court to enter into issues which are political and not legal. Much as we feel about this issue of independence, much as we want the world to realize the justice of our claim, we do not wish to do this by bringing these matters before this honourable Court because, as we have said before, these issues are purely political. We have found it necessary to give the Court the political background in which the present Application is set, for two reasons. One is that in our view Portugal has no legal case. It has sought to give a thin legal garb to issues that are really political. The dispute between Portugal and India concerns self-determination and independence, the withdrawal of Portuguese rule from the colonies in India; and Portugal has dressed up an alleged right of passage between Daman and the liberated terri-

teries of Dadra and Nagar-Aveli for the purpose of getting a case before this Court and, for political reasons, putting the Government of India on the defensive.

The second reason is that in their Application and Memorial, and now in their Observations, they have put forward this unfounded allegation against the Government of India. As a matter of fact, in the Observations there appears to be a subtle attempt by the Portuguese Government to change the ground of the present proceedings. While there were insinuations to that effect in the Application and in the Memorial, the Portuguese claim there is for a right of passage. But in their Observations, particularly in paragraphs 136-139, while they profess to explain the infringement of this alleged right of passage, they in fact accuse the Government of India of a breach of international obligations of quite another sort. Both these reasons, Mr. President, have made it necessary for us to say something on the political aspect of the case. We do not wish to trouble the Court with political issues. But if we were compelled to do so we should have much more to say than I have thought it proper to say now. In our submission, however, these proceedings should be confined to the issues properly arising on the Application.

* * *

Now, Mr. President, what does Portugal ask the Court? What does the Portuguese Application say? It says that the Court should declare that in international law Portugal has the right to send Portuguese armed forces across the territory of independent India in order to re-subjugate people of Indian race and origin who have already freed themselves from Portuguese rule.

What are the legal arguments? The Portuguese Government has invoked treaty, custom and general principles of law. The Treaty is that of 1779 between the Marathas and the Portuguese: a treaty which does not mention any right of passage, which does not mention the territories of Dadra and Nagar-Aveli; a treaty which did not concede sovereignty over any territories, which was not known to or accepted by the British, and which, in short, is totally irrelevant. I quote paragraph 8 of the Portuguese Application. They state:

“It emerges from the said Treaty that the Parties to it, in addition to agreeing on the transfer of sovereignty over the territories in question, had the intention of creating and actually created a right of passage between the Portuguese territory of Damao (littoral Damao) and the enclaves ceded and from each of these enclaves to the other, such right has thus belonged to Portugal since that date, as a natural and indispensable complement to its sovereignty over the enclaves.”

Mr. President, before the text of the Application was received by the Government of India, my Government had not heard of the Treaty of 1779 between the Marathas and the Portuguese.

Further, the Portuguese Government invoked local custom. I quote paragraph 8 of the Portuguese Application:

“and indeed from the time of the said Treaty until a recent date, over a long period, almost 200 years, this right was exercised

without any difficulties, by officials and private citizens of Portugal as well as foreigners with the consent of the Portuguese Authorities:"

The Government of India expected that in their Memorial the Portuguese Government would produce ample material in substantiation of what they had alleged in the Application. However, the Portuguese Government did not produce that material. There was an indication in the Memorial, at paragraph 18, that the Portuguese Government had some material which it was not prepared to bring forward. It said there:

"Any amount of evidence can be found in support of this view: it would, however, take too long and be practically impossible to review it all. A few examples will suffice."

Then they go on in their Observations to state and hint at the existence of material, but have produced none. I emphasize that it is of her own choice, and not for lack of warning, that Portugal has come before the Court with next to no evidence in support of her claims. Both in our letter to the Court of the 10th November, 1956, and in our Preliminary Objection, she was given ample warning that India intended to rely on the material annexed to the Preliminary Objection as proving that passage between Daman and the enclaves had always been by permission and at the discretion of the sovereign of the intervening territory. In the letter of the 10th November, 1956, the Government of India also referred specifically to the almost total failure of the Portuguese Government to produce any evidence. With your permission, Mr. President, I should like to remind you of one passage from that letter. At paragraph 10 it reads:

"My Government submits that it has serious grounds for complaint with respect to the failure of the Portuguese Government to comply in due measure with Article 43 of the Rules. The Government of Portugal, in its Application and Memorial, has to a large extent based itself on historical grounds of title in claiming that the passage of Portuguese persons and goods over Indian territory between Daman and the enclaves is not a matter within India's domestic jurisdiction. Moreover, it has alleged an uninterrupted custom since the year 1785. Accordingly, it was under a duty, in the view of my Government, to present to the Court in reasonably full form the historical evidence relating to the passage of goods and persons over Indian territory in question. The omission of almost all the relevant evidence from the Portuguese Memorial not only makes it impossible for my Government to complete its pleading within the time-limit fixed by the Court in its Order dated 13th March, 1956, but also places upon India the unjustifiable burden of having to plead to a largely hypothetical case."

It would appear from the letter, the paragraph which I have just quoted, that for some reason or other our adversaries do not wish to produce any evidence; or, it may be, that evidence favourable to their claims does not in fact exist.

However, the effect of this was, Mr. President, that the Government of India thought it proper to undertake considerable historical research. Although we believed the Portuguese Declaration under the Optional Clause to be invalid, we carried out the research which Portugal, as the

applicant party, might have been expected to undertake. We did this at the cost of considerable labour and expense. Mr. President, on the 26th of November, 1956, I had the honour to appear before you at The Hague in order to request an extension of the time-limit. At that time, I explained to you the difficulties which had been experienced by the Government of India in carrying out this historical research. We organized research in Marathi documents in order to understand the relationship between the Marathas and the Portuguese. These documents were in the ancient Modi script which few could read; they were repositied in the old Secretariat of the Peshwas under a system of classification peculiar to the Maratha system of finance and administration. They were tied in thousands of cloth bundles and were mixed up with irrelevant papers. The Modi script had to be transliterated into modern Marathi which was then translated into English for the benefit of our research workers. Similarly, in regard to the alleged local custom, over the last "200 years", mentioned by the Portuguese Government, and to find therefrom material, we had to dig into archives of the British-Indian Government. Thousands and thousands of old documents in very precarious condition, and invariably in illegible handwriting, had to be examined. In order to do this, Mr. President, we requested you for time. I am going over this again only in order to assure you that we had genuine justification for the request for extra time. And we did not wish, and do not wish, to delay the proceedings.

Mr. President, as a result of this enormous research, we found a picture completely different from that presented by Portugal, both as regards the Maratha period and as regards the British period. As regards the Maratha period, we found that not only was there no right of passage of any kind at all but that the Marathas had not parted even with sovereignty over Dadra and Nagar-Aveli. As regards the British period we found that not only was there no local custom whereby the Portuguese could be said to have a right of passage but that the Portuguese Government itself had acquiesced in the view that passage of goods and persons of every description over British territory between Daman and the enclaves was entirely within the domestic jurisdiction of the British-Indian Government. Not only were the Portuguese not in a position to assert any right over British territory, but also the British-Indian Government was supreme and paramount in the Indian Peninsula. We found that the British-Indian Government exercised certain authority and jurisdiction inside the Portuguese-Indian colonies and they claimed the right to occupy Portuguese-Indian colonies in time of war, and, in fact, did so. The British occupied Goa, Daman and Diu for nearly 14 years, from 1799 to 1813; and the British-Indian Government had kept itself ready during the Great War and the Second World War to occupy Portuguese-Indian colonies should the need arise.

The fact that the Portuguese Government itself acquiesced in the view that no right of passage existed between Daman and the enclaves is strikingly confirmed by the position which Portugal adopted at the Barcelona Conference on Communications and Transit in 1925. The Portuguese delegate then committed himself to the view that there was, and had been, no kind of right of transit over British-Indian territory.

These matters will be dealt with in detail by my learned colleague, Sir Frank Soskice, in his speech on the Fifth Objection. But as regards the factual part of our Preliminary Objection, I wish to say one thing

more. The purpose of the Government of India in putting before the Court a considerable body of documents has not been to plead the merits of the dispute. Our purpose has been to show that the Portuguese case has been manufactured out of a meagre and selective presentation of facts; whereas in truth there cannot be any doubt at all that the matter of transit between Daman and the enclaved territories was entirely within the discretion, policy and domestic jurisdiction of the British-Indian Government, and continues to be within the domestic jurisdiction of the Government of India; and that the Portuguese Government has time and again accepted this position.

The Government of India have excluded from their acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court matters which are within its domestic jurisdiction. It is for the applicant party to establish jurisdiction. It was therefore for the Portuguese Government to establish clearly to the Court that this matter was not within the domestic jurisdiction of India. I submit, Mr. President, that if Portugal does not establish this, her case must inevitably fail, even without the production of any material by India. Nevertheless, since Portugal has not put forward the material necessary to enable the Court to fulfil its duty, under paragraph 6 of Article 36 of the Statute, of settling the question of jurisdiction, we have thought it right to put this material forward ourselves. In this case, as in all cases, the question of jurisdiction is for the Court to decide. In these circumstances, Mr. President, we have placed this material, the result of our research, before the Court so that it may examine our Preliminary Objection in the light of these documents and see that the matter is within our jurisdiction, and is consequently excluded from the scope of our submission to the compulsory jurisdiction of the Court.

May I, in conclusion, state briefly the substance of the arguments which my learned colleagues and I will now submit to the Court. We shall first deal with the First of the Six Objections to the jurisdiction of the Court put forward in our written Pleading. As the Court will recall, the basis of this First Objection is our contention that the purported Declaration of Portugal under Article 36 of the Statute is wholly invalid, because the third condition in that Declaration is inconsistent with the requirements of Article 36. Thus, should this contention find favour with the Court, the proceedings will inevitably fall to the ground, as the position will be that Portugal has not accepted the compulsory jurisdiction of the Court and is therefore not entitled to implead any other State under Article 36.

We shall next take up the Second of our Six Objections. This Objection proceeds on the assumption that the Portuguese Declaration, contrary to our first contention, is valid. We then contend that nevertheless Portugal was not entitled to invoke the jurisdiction of the Court against India under Article 36 at the time when she filed her Declaration. The reason for this contention is that at the time of the filing of that Application not only had the terms of the Declaration not been communicated to the Government of India, but there had not even been any opportunity for such communication.

With the permission of the Court we shall take next our Fourth Objection, thus taking the Third and Fourth Objections in reverse order. I suggest this course because the Fourth Objection is closely akin to the Second. The substance of our Fourth Objection is this. If the Portuguese

Declaration, including its third condition, is valid, the powers reserved to Portugal by that third condition are equally available to India. This follows, in the first place, from the condition of reciprocity which is inherent in the Optional Clause and, secondly, from the condition of reciprocity expressly made in the Indian Declaration of the 28th February 1940. This, according to our submission, is an additional reason why the Portuguese Declaration could not come into effect before its text had been communicated to the Government of India; since, before such communication of the text, the Government of India was obviously unable to exercise its reciprocal rights derived from the third condition of the Portuguese Declaration.

We shall then proceed to our Third Objection. This is an objection of quite a different character, but its effect, if accepted, would again be wholly to defeat the Portuguese Application. In our Third Objection we contend that the Application is ineffective because before filing it the Portuguese Government had not exhausted the possibilities of diplomatic negotiation as they are required to do before having recourse to this Court.

Next will come our Fifth Objection, in which we contend that all the questions rightly arising from the Portuguese Application are questions which by international law fall exclusively within the domestic jurisdiction of India. From this it follows, under the express terms of the Indian Declaration of the 28th of February, 1940, that the Court has no jurisdiction to entertain the Application. In presenting our arguments on this Objection, we shall make some reference to the history of these enclaves. However, as I have submitted earlier in my address to the Court, we do not do this for the purpose of canvassing the merits of the dispute, but simply for the purpose of making clear to the Court exactly what the nature of the dispute is, from which, as I submit, it will at once appear that the questions raised fall within India's domestic jurisdiction. It will no doubt be suggested by the representatives of Portugal that this Fifth Objection should be joined to the merits. For reasons which I have adumbrated earlier in my address, and which will be developed in the course of the proceedings, we submit that this would not be the right course for the Court to adopt. India had expressly excluded from her acceptance of the compulsory jurisdiction matters which fall within her domestic jurisdiction; the matters raised by this Application, in our submission, are clearly matters of that description; it would not therefore be right that India should be involved in a discussion of the merits of matters which she expressly excluded from the scope of her Declaration.

Finally, we shall put forward our Sixth Objection, which is based on the reservation *ratione temporis* in India's Declaration of the 28th of February, 1940. We submit that, if the Portuguese Application does raise any questions which would otherwise lie within the jurisdiction of the Court, those questions relate to situations or facts which arose long before the 5th of February, 1930. The questions thus raised are excluded from the scope of India's Declaration by the express terms of the condition to which I have just referred.

In putting forward these submissions I shall have the privilege of being assisted by my learned colleagues. Professor Waldock will speak on the First, Second and Fourth Objections of the Government of India; Professor Guggenheim will speak on the Third Objection and a part

of the Fifth Objection; and Sir Frank Soskice will speak on the Fifth and Sixth Objections.

* * *

Mr. President, I have now completed all the introductory remarks which I desire to make, and I am grateful to the Court for having borne with me so long.

May I request the permission of the Court to my learned colleague, Professor Waldock, opening his argument on the First Objection at the morning session to-morrow?

3. ORAL ARGUMENT OF PROFESSOR C. H. M. WALDOCK

(COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARINGS OF 24 AND 25 SEPTEMBER 1957

[Public sitting of 24 September 1957, morning]

It is always a pleasure, Mr. President, and an honour, for an international lawyer to be called on to plead in a case before this great Court. To-day, as you heard from the Attorney-General, yesterday evening, it is my task to present to you on behalf of the Government of India its arguments in regard to the First, Second and Fourth Preliminary Objections which it has lodged against the Court's jurisdiction to entertain the Portuguese Application. The common feature of these three Objections is that they are all based on what we consider to be—and what we believe the Court will consider to be—abuses or, at least, misuses of the Optional Clause system of compulsory jurisdiction. The First Objection differs from the Second and Fourth in the point that here the abuse or misuse lies in the very Declaration by which Portugal accepted the Optional Clause. In the other two Objections with which I have to deal the abuse or misuse lies rather in the precipitate and irregular filing of the Portuguese Application.

Members of the Court will find India's First Objection set out in paragraphs 25-34 of her Pleading, and Portugal's reply in paragraphs 1-25 of her Observations. This Objection that we make challenges the whole validity of the Portuguese Declaration of 19th December, 1955, which is the instrument—and the only instrument—specified by Portugal in her Application as the provision on which she claims to found the jurisdiction of the Court. India's contention is that this Declaration, by which Portugal purported to accept the Optional Clause, is vitiated completely by the third condition which she inserted in it. If this is the case, then it follows, as night follows day, that the Portuguese Government is not entitled in the present case to invoke against India the compulsory jurisdiction of the Court on the basis of the Optional Clause.

The third condition of the Portuguese Declaration, as the Court will recall, reserves the right for the Portuguese Government to exclude from the scope of the Declaration, at any time during its validity, any given category or categories of disputes, by notifying the Secretary-General of the United Nations and with effect from the moment of such notification. We consider this condition to be objectionable on two grounds, either one of which would be sufficient to nullify Portugal's acceptance of the Optional Clause and to preclude her from relying on the Declaration against any other State.

Now the first ground, Mr. President, on which the Government of India considers that the Portuguese third condition is a misuse of the Optional Clause is that it is open to the interpretation that Portugal reserves to herself the right to exclude from her Declaration any dispute at any time, *even a dispute in respect of which proceedings have already been instituted before the Court*. Our learned opponents deny that the third condition is susceptible of this interpretation. They say that such an

interpretation is excluded by the provision that the reservation of any given category of dispute is to have effect from the moment of its notification to the Secretary-General. And they further claim that the decision in the *Nottebohm Case*, which is reported at page 122 of the Court's Reports for 1955, affords a complete answer to any suggestion that the Portuguese condition has the meaning given to it by India. The decision on which they rely is, of course, the decision in the first stage of the *Nottebohm Case* when the Court held that, once it has been regularly seised of a case, it must proceed to exercise the power to administer justice conferred upon it by the Statute and that these powers are unaffected by the subsequent expiry of the period of the validity of one of the Declarations. That is what our opponents say.

The Portuguese Government, as Members of the Court will appreciate, is now saying that its third condition ought to be understood as if it read "but with no retroactive effect from the moment of such notification". But it does not so read. On the contrary, it states without qualification that the reservation of any given category of disputes is *to have effect from the moment of its notification*. These words only define the moment at which an exclusion is to come into operation. They say nothing about the scope of the exclusion. To put the matter another way, they tell us that nothing additional to communication to the Secretary-General is necessary to bring an exclusion into operation. They do not tell us whether, on coming into operation, the exclusion is retroactive or not.

To discover the scope of the exclusion, we can only look to the words which Portugal used, and these were "to exclude from the scope of the Declaration". These words are at least capable of the interpretation suggested by India, namely, that once an exclusion has been made, the position is as if the excluded categories of disputes had never been within the scope of the Declaration.

This unqualified withdrawal of any category of disputes from the scope of Portugal's acceptance of compulsory jurisdiction, therefore, is certainly open to the interpretation suggested by India—the interpretation that Portugal intended to keep in her hands the right to terminate at any moment the powers of the Court to administer justice in any selected category of disputes—yes, the power totally to terminate the powers of the Court with respect to that category of disputes. The Portuguese Government, indeed, concedes that this was the way in which the Swedish Government understood the Portuguese third condition in the note which it addressed to the Secretary-General objecting to the terms of Portugal's Declaration. The text of the Swedish note, Mr. President, is set out in full at Annex B, No. 2, of our Pleading. Portugal claims, however, that the Swedish Government was wholly mistaken in putting this interpretation on the third condition, and she points to what she describes as her correction of the Swedish interpretation in her own note sent to the Secretary-General—when?—some four and a half months after Sweden had made her protest.

Members of the Court may find it just a little surprising that, if the Swedish interpretation was thought by Portugal in February, 1956, to be so obviously mistaken, so much time was allowed to elapse before any step was taken to answer the very serious criticism of the Portuguese Declaration made, by whom?—by so responsible and so disinterested a State as Sweden. A prompt disclaimer then of the interpretation put

upon the Portuguese Declaration by Sweden might have carried a little more conviction to-day as an indication of Portugal's intentions when she made her Declaration. In fact, however, as the Government of India pointed out in paragraph 33 of its Pleading, the Portuguese note to the Secretary-General is completely valueless as evidence of the meaning of the third condition. When Portugal drafted her so-called correction of Sweden's interpretation, not only had she started this case on the basis of the questioned Declaration, but she was also aware that India had signified her intention of lodging Objections to the Court's jurisdiction to entertain this case.

As to the decision in the *Nottebohm Case*, Mr. President, which Portugal seems to think so conclusive, the Government of India scarcely needs to point out that the circumstances of that case were entirely different from those of the one now before the Court. There, the proceedings in the case had been regularly instituted on the basis of Declarations in proper form and in force at the time. The question was, simply, whether the subsequent expiry of one of the Declarations would terminate the Court's authority to adjudicate the case. It was in those circumstances that the Court said that once it had been regularly seised, it must exercise the powers conferred upon it in the Statute. In the present case, however, the whole point of controversy is whether Portugal's consent to the Court's jurisdiction, given in its Declaration of 19th February, 1955, was made subject to an overriding right to withdraw any disputes from the Court at any moment. If this was so, the Portuguese Declaration could never result in anything more than a conditional seising of the Court, and it is this feature of the Portuguese Declaration which India says is incompatible with the Optional Clause.

In short, Mr. President, by relying on the *Nottebohm Case*, Portugal really begs the question whether her Declaration is valid. If the Portuguese condition has the meaning attributed to it by Sweden and by India, there is nothing in the decision in the *Nottebohm Case* to save the Declaration from being held to be incompatible with the Optional Clause. On the contrary, that decision would then in fact support our contention that the Declaration is null and void.

In any event, Mr. President and Members of the Court, however the Portuguese third condition may be interpreted, there still remains a second ground on which it must, in the opinion of the Government of India, be held to be incompatible with any genuine acceptance of the Optional Clause. Even on Portugal's view of its meaning, this condition reserves to her the right at any moment during the currency of her Declaration to restrict the scope of her acceptance of compulsory jurisdiction by notifying the Secretary-General that any categories of disputes named by her are thenceforth to be excluded from the Declaration. Let us assume for the moment that the interpretation which Portugal now seeks to put upon the third condition is correct. Let us assume that the condition only empowers Portugal to name and reserve from her Declaration given categories of disputes with effect upon Applications to the Court filed subsequently to the notification of the reservation to the Secretary-General. Even so, the third condition would create such a degree of flexibility and uncertainty in regard to the scope of Portugal's Declaration as to render her acceptance of compulsory jurisdiction illusory. Portugal, while always claiming the right to bring other States before the Court on the basis of her Declaration, reserves to

herself the right, moment by moment, to chop and change the terms of her Declaration so as to avoid any possibility of being brought before the Court herself. That is the plain effect of her third condition.

I do not believe, Mr. President and Members of the Court, that there is an international lawyer in the world who, when he first saw the Portuguese third condition, did not, as we say, "raise his eyebrows". It was a very strange introduction into the Optional Clause.

Now, Mr. President, it is not of any importance whether in fact Portugal would or would not employ the third condition in this mischievous way. That is not the point. She has made her acceptance of the Optional Clause conditional upon her having the power to do so. In this way she has really smuggled a veto into her acceptance of compulsory jurisdiction and has undermined the Optional Clause in its application to herself. This being so, the Portuguese Declaration cannot, we submit, be considered compatible with the purpose of the Optional Clause.

In its Observations, the Portuguese Government attempts to justify its Declaration by claiming that flexibility and uncertainty are essential characteristics of the Optional Clause system. This argument, if I understand it correctly, runs as follows. In order to encourage acceptance of the Court's jurisdiction, the Optional Clause system was made very flexible. Amongst other things it was left entirely to the discretion of each State to fix the terms of its own Declaration on condition only of not infringing the provisions of the Statute. The operation of Declarations under the Optional Clause is automatic. When two States have made Declarations, the legal bond which unites them comes into being automatically merely as a result of the co-existence of the two Declarations. In consequence, the system inevitably involves a great deal of uncertainty for the States which subscribe to it. Thus, a State, when making a Declaration, has no certainty as to which other States at any given time may also be Parties to the Optional Clause. And again, it has no certainty as to the scope of its obligations since, owing to the principle of reciprocity, these will depend in part upon the content of the Declarations of other States. The flexibility and uncertainty resulting from the Portuguese third condition—so we are asked to believe—is, therefore, nothing out of the ordinary and perfectly compatible with the Optional Clause system.

Well, that is the argument, and I feel I have fairly put it.

No one would wish to deny, Mr. President, that the freedom left to each State to fix the terms of its Declaration gives a large measure of flexibility to the operation of the Optional Clause system. Nor would anyone wish to deny that, owing to the principle of reciprocity, the scope of a State's obligations is not finally fixed by the terms of its own Declaration but varies in any given case in accordance with the terms of the Declaration of the other State. In our submission, however, this does not—and cannot—mean that there is no limit to the *flexibility of the terms in which a State may formulate its own acceptance of compulsory jurisdiction*. Flexibility resulting from the fixed terms of the various Declarations of other States is one thing. Flexibility resulting from the unstable terms of a State's own Declaration is quite another. We, like the Swedish Government, maintain that the limit of flexibility is reached and passed when a Declaration is so framed that the declarant State retains the right to change the scope of its acceptance of compulsory jurisdiction at its own sweet will—moment by moment—during the currency of

the Declaration. Such a Declaration claims for the State which makes it the power—like Proteus of old—to change its shape instantly and at will for the purpose of eluding the grasp of any other party to the Optional Clause desirous of bringing it before the Court. Such a Declaration, we submit, defeats the fundamental purpose of the Optional Clause—the acceptance of compulsory jurisdiction—and is therefore incompatible with the Statute of the Court.

Moreover, as we pointed out in paragraph 31 of India's Pleading, such a variable form of declaration really takes away from the Parties to the Optional Clause the protection which it was intended to be given to them by the provision that a Declaration is only to have effect "in relation to any other State accepting the same obligation". The unlimited power to vary its obligation claimed by Portugal means that other States are left in a condition of complete uncertainty as to the obligation which, at any given moment, they will be supposed to have accepted under the Optional Clause *vis-à-vis* Portugal.

If we are right, Mr. President, in our contention that the Portuguese reservation undermines and defeats the basic purpose of the Optional Clause—namely, the acceptance of compulsory jurisdiction—then I really do not see how it helps our opponents to invoke the liberty given to States under the Optional Clause to accept compulsory jurisdiction on conditions and with reservations. We fully admit that the Optional Clause, although it does not say so in express terms, gives States a very wide power to make reservations. But, as the Court clearly stated in its Opinion on the Reservations to the Genocide Convention, the object and purpose of a treaty impose definite limits on the power to make reservations to it. That Opinion is reported in the 1951 volume of the Court's *Reports*, and in a passage on page 24 the Court expressly rejected the view that a State by virtue of its sovereignty may make any reservation which it chooses and still become a party to a treaty. It said that so extreme an application of the idea of State sovereignty could lead to a complete disregard of the object and purpose of the treaty. It is, indeed, manifest from the very nature of things that the power to make reservations to a treaty cannot extend to reservations which are incompatible with the very object and purpose of the treaty.

I am not unaware, Mr. President, of the difficulties which may sometimes arise in determining what precisely are to be regarded as the objects and purposes of a treaty. No such difficulties are, however, encountered in the present instance. The object and purpose of the Optional Clause is the acceptance by States of the compulsory jurisdiction of the Court for the judicial settlement of legal disputes. Judge Guerrero, in the recent *Norwegian Loans Case* at page 68 of the *Report*, said that it is obvious that the purpose of the Optional Clause is to establish the compulsory jurisdiction of the Court between States which accede to the Optional Clause. He went on to say on the next page, and I quote his words:

"Although Article 36 has been construed as meaning that a Declaration of accession to the Optional Clause may contain reservations, it is certain that it was never the intention of the authors of the Statute that such reservations should serve to enable a State to evade the undertakings involved in the Declaration provided for by Article 36, paragraph 2."

And then Judge Guerrero added that such a reservation must be regarded as devoid of all legal validity. The condition in question in the present case is not, of course, the same as that in the *Norwegian Loans Case*. It "evades the undertakings involved in the Declaration provided for by the Optional Clause" in a rather different way from the reservation in the other case. It does, however, plainly serve to enable a State to evade the undertakings involved in the Declaration, and for this reason, in our submission, is incompatible with the object and purpose of the Optional Clause. If I may adapt to the present case the phrases used by the Court in the Genocide Opinion, the Portuguese third condition frustrates the purposes which the contracting Parties to the Optional Clause had in mind and sacrifices the very object of the Clause. We therefore ask the Court to hold that the Portuguese condition, in the words of Judge Guerrero, is "devoid of all legal validity".

Now our opponents appear to recognize that, even accepting Portugal's own interpretation of the third condition, her Declaration goes very close to infringing the Statute. For they have tried, in their Observations, to overcome the difficulty, the obvious difficulty, of reconciling such a variable, illusory, acceptance of compulsory jurisdiction with the Optional Clause by a rather curious argument. At any rate, say our opponents, the Portuguese form of declaration is no more objectionable and, perhaps, a little less objectionable than the form of declaration, adopted by India and a number of other States, which allows the acceptance to be terminated altogether by simple notice to the Secretary-General. They represent that a power to terminate a Declaration altogether is a greater derogation from the Optional Clause than a power merely to restrict its scope—and they ask why the lesser power should be inadmissible if the greater is permitted. They affect to see no difference between the two powers so far as concerns their compatibility with the Optional Clause.

We really cannot accept that, Mr. President. Clearly, there is a difference—and an important difference—between the two forms of declaration. In the one case the State in question claims the power to terminate its obligation to accept compulsory jurisdiction while at the same time renouncing any right to bring other States compulsorily before the Court. In the other case—in the Portuguese form of declaration—the State in question claims the power at any time to put an end to its obligation to accept compulsory jurisdiction in respect of any inconvenient categories of disputes in which it may become exposed to proceedings by other States. But at the same time it maintains its claim to take proceedings against other States in respect of other categories of disputes. It is this double-faced character of the Portuguese Declaration which is its particular vice—the claim continually to maintain the right of action against others whilst always keeping power to avoid any action by them. The Portuguese form of declaration, we submit, really makes nonsense of the Optional Clause system of compulsory jurisdiction. It frustrates the purposes and impairs the legal authority and reality of the Optional Clause.

In addition, Mr. President, the Portuguese Government, in paragraph 25 of its Observations, threw out what seemed to be some kind of a warning to the Court that, if it does not accept the validity of the Portuguese third condition, it will be bound in logic to reject also the validity of certain other Declarations. These are the Declarations

containing a reservation of disputes which *in the opinion of the declarant State* fall essentially within its national jurisdiction. That is, of course, the form of declaration which the Court has recently had under consideration in the *Norwegian Loans Case*. The Court will, therefore, have the point very fresh in mind, and it would not serve any useful purpose, I think, for me to discuss it at length now. In any event, I feel relieved from any obligation to go further into the point by the fact that, as my learned opponents will now know, two Members of the Court did emphatically condemn this form of reservation and held it to be invalid.

Before, Mr. President, I conclude by stating India's formal submission in regard to this Objection, it may be convenient to the Court if I deal briefly with a point taken by Portugal in her Observations. She there maintains that even if her reservation were held to be defective, this would not affect the validity of the Declaration itself. The only consequence, so she says, would be that the reservation would have to be regarded as non-existent, while the Declaration, I suppose, minus the third condition, would be treated as having full force. Now, when I used the words "point taken by Portugal", I did so advisedly, because she merely asserts the point and makes no attempt to argue it. Although, therefore, I do not think I am really called on to deal with the point at this stage, I do propose to do so in order that the Court may have before it a full picture of India's case in regard to this Objection.

The Portuguese proposition that the invalidity of her third condition should not be held to vitiate her whole Declaration is, in our submission, somewhat astonishing and clearly ill-founded. It is somewhat astonishing because it means that Portugal is asking the Court to be indulgent towards her Declaration after she has deliberately sought to obtain and to exercise the rights granted by the Optional Clause without exposing herself to any of the obligations attached to the Clause. I do not, therefore, imagine that the Court is likely to view a proposition of this kind with very much favour. Why should Portugal in such circumstances be allowed to keep the benefits of the Optional Clause after having sought by her specious and invalid condition to frustrate any application of the Clause to herself?

But the proposition also appears to us to be clearly bad in law. As the Court has said in the *Anglo-Iranian Oil Company Case*—at page 102 of the 1952 Reports—and on many other occasions, the jurisdiction of the Court depends on the will of the Parties. In any given case under the Optional Clause, therefore, when an objection to jurisdiction is taken, the first question must always be: What exactly was the scope of the intention of each Party in conferring jurisdiction on the Court when it made its Declaration? For example, in the *Phosphates in Morocco Case* in 1938—Series A/B, No. 74—the old Court, dealing with a particular form of limitation of the Declaration *ratione temporis*, said:

"In answering these questions it is necessary always to bear in mind the will of the State which only accepted the compulsory jurisdiction *within specified limits*."

The emphasis, Mr. President, is plainly upon the words "only accepted the compulsory jurisdiction within specified limits". In short, when a State makes a Declaration under the Optional Clause upon conditions, its will to confer jurisdiction on the Court is to be regarded as a limited will.

Let us then consider, Mr. President, Portugal's will to confer jurisdiction on the Court, as it was expressed in her Declaration of 19th December, 1955. What did she do? She declared that she recognized the jurisdiction of the Court as compulsory *ipso facto* and without special agreement as provided for in the said paragraph 1 of Article 36, that is, the usual formula and under the following conditions. And then she set out three conditions, one of which was the condition which we say vitiates her acceptance of the Optional Clause. She could not have said more explicitly that her will to confer jurisdiction on the Court was absolutely conditional upon her continuing to have the power at any time to exclude any given categories of dispute from her grant of jurisdiction to the Court. I do not myself think that the position would have been any different even if she had expressed this far-reaching condition simply in the form of a reservation. But she did not do that. She said, in the plainest terms, that the retention of the power to exclude was an absolute condition of her conferment of jurisdiction on the Court.

That being the case, Mr. President, to strike out the third condition from Portugal's Declaration would obviously be a radical departure from, indeed a complete contradiction of, her will to confer jurisdiction on the Court as it existed on 19th December, 1955, when she made her Declaration, and three days later when she filed her Application. Whether it may ever be possible to sever even a minor provision from a Declaration under the Optional Clause, without cancelling the State's consent to jurisdiction, may be a matter of doubt. Judge Lauterpacht, in the *Norwegian Loans Case*, at pages 55 to 57, considered this question in a general way without expressing any definite opinion upon it. He was, however, absolutely definite upon the point that the principle of severance, at most, applies only to provisions and conditions which are not of the essence of the undertaking. The Portuguese third condition clearly was of the essence of her undertaking to accept the Optional Clause, for it formed an essential condition of her willingness to confer jurisdiction on the Court. It was not a procedural or collateral condition. It was a condition going to the very root of her acceptance of jurisdiction. If, therefore, we are right in our contention that the Portuguese third condition is invalid as being incompatible with any genuine acceptance of the Optional Clause, the effect clearly is, in our view, that the whole Portuguese Declaration falls to the ground.

I have now reached the end of my argument in regard to the First Objection, and it only remains for me to state India's submissions. The Government of India, for the reasons given in paragraphs 29-33 of her written Pleading, and for the reasons developed in my argument, submits:

- (1) That the third condition of the Portuguese Declaration of 19th December, 1955, is incompatible with the provisions of the Optional Clause of the Statute of the Court, with the result that the said Declaration is totally invalid as a recognition of the compulsory jurisdiction of the Court under that clause;
- (2) That the Portuguese Application of 22nd December, 1955, since it is expressed to found the jurisdiction of the Court in the present case upon the said Declaration, was ineffective to establish the compulsory jurisdiction of the Court under the Optional Clause; and

- (3) That in consequence, the Court is without jurisdiction to entertain the said Application.

It may perhaps assist you, Mr. President and Members of the Court, if at this point I mention that the argument upon the Second Objection is of much the same length—a little shorter, perhaps. I can conveniently take either one or two periods of the Court's time if it wishes in addition without unduly prejudicing the exposition of that argument.

[Public hearing of 24 September 1957, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, my task is to develop our case in support of our Second and Fourth Objections. These Objections, as the Attorney-General for India said in his opening speech, are founded on the extremely hasty and premature filing of the Application in this case, within no more than three days of Portugal's acceptance of the Optional Clause. The facts concerning the making of the Portuguese Declaration and the filing of the Application have already been mentioned by the Attorney-General and they will be found set out in full in paragraphs 36-39 of India's Pleading. I need not, therefore, take the Court through them in detail. The salient facts, and the facts on which we rely, in both our Second and Fourth Objections are the same. They are few and brief.

Portugal's Application was filed within three days of her Declaration. It was filed before the Court had any knowledge of her Declaration. It was filed before the Government of India had any knowledge of her Declaration. Moreover, it was filed before there could be any reasonable possibility of the Secretariat of the United Nations having communicated her Declaration to other States. Those are the simple and undisputed facts on which we rely, both in our Second and Fourth Objections. I say "undisputed" because the Portuguese Government in its Observations has not challenged these facts in any particular, and for the good reason that they are not, of course, open to challenge. Well, those, Mr. President, are the simple facts on which we rely for both Objections, and with your permission I will now take up my argument on the Second Objection.

This Objection, as the Court will recall, is that when the Portuguese Government filed its Application on the 22nd December, 1955, the Portuguese Declaration had not been communicated to the Government of India, with the result that the conditions necessary to entitle Portugal to invoke against India the jurisdiction of the Court under the Optional Clause did not exist at all on that date. Members of the Court will find India's argument in paragraphs 35-44 of her Pleading and Portugal's argument is in paragraphs 26-42 of the Observations. Now, our opponents allege that India's argument lacks precision, and in this alleged lack of precision they claim to see proof of the weakness of India's contentions. I hope, Mr. President and Members of the Court, to convince you that any lack of precision that there may be in India's argument is due simply to the fact that this is the first case in which the particular point has arisen, that there is a lacuna in Article 36 of the Statute which can only be filled by the Court, and that India's contentions in regard to the filling of this lacuna are well founded.

We base ourselves in this Objection on the essentially consensual character of the obligation which binds any two States together under

the Optional Clause. When a State makes a Declaration, then, by the express terms of the Optional Clause of Article 36, its Declaration is related to the Declarations of other States which have already deposited or may in the future deposit reciprocal Declarations. It intends by its Declaration to establish legal relationships with such other States, consensual in their character, within the regime established by the provisions of Article 36. My words, as Members of the Court may recognize, are almost exactly those used in the *Anglo-Iranian Oil Company Case* by Judge Read to describe the operation of the Optional Clause. And in that same case, Judge Alvarez, speaking of Iran's Declaration, said:

"The Declaration is a multilateral act of a special character; it is the basis of a treaty made by Iran with the States which had already adhered and with those which would subsequently adhere to the provisions of Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court."

The consensual, contractual character of the engagement by which two States are bound under the Optional Clause is really so clear that I need not labour the point, I think, any further.

Indeed, I do not think there is much difference between us and our learned opponents on this point. They concede in paragraph 39 of their Pleading that it is permissible to regard the relationship of States under the Optional Clause as "contractual in character". Those were the words. They say, however, that the legal relationship between any two States is not created by a direct exchange of promises between them, that the Declarations under the Optional Clause are unilateral acts, and that the legal bond does not depend on each State having knowingly accepted the terms of the other's Declaration. They further say that what does create the legal relationship between two States is the coinciding of their Declarations, and that the legal bond results from the similarity, objectively considered, of unilateral Declarations. Now, with all this, Mr. President, we can, of course, broadly agree. But our opponents' description of the creation of the legal bond seems to us to omit, or at any rate to minimize, the most important element of all—I mean the express, carefully defined and reciprocal obligation to accept the compulsory jurisdiction of the Court which is stated in the Optional Clause, and the creation of which it was the object of the Optional Clause to make possible. In short, it is only through the medium of the Optional Clause itself that the legal relationship can come into existence at all. The legal relationship—the consensual bond—therefore has three elements, the two Declarations and the provisions of the Optional Clause. The interpretation and operation of the consensual engagement between States under the Optional Clause has therefore, we submit, always to be considered in the light of the provisions and purposes of the Optional Clause. I emphasize this point, Mr. President, because the real difference between our opponents and ourselves appears to exist rather in the conclusion which we each separately draw from the consensual character of the engagement between India and Portugal under the Optional Clause.

The conclusion which India draws from the consensual character of the relationship between States under the Optional Clause, Mr. President, is that equality, mutuality and reciprocity of obligations are principles which form an integral and essential element in the Optional Clause system. In our view the Declarations of States under the Optional

Clause must always be interpreted and applied in the light of these principles. In the present instance this means that the Declarations of Portugal and India must be so interpreted and applied as, both in theory and in practice, to give India the equality, mutuality and reciprocity to which the consensual character of her engagement entitles her *vis-à-vis* Portugal.

In our written Pleading, we invoked the principle that States are, and have a right to be, in a position of equality before the Court. We mentioned that Article 35, paragraph 2, expressly secures this right even for States which are not Parties to the Statute of the Court by providing that the conditions laid down by the Security Council, under which the Court shall be open to such States, shall in no case place them in a position of inequality. We also mentioned that the principle of equality finds expression in the Optional Clause itself which provides that a Declaration is to have effect only in relation to any other State accepting the same obligation. Our opponents in paragraph 37 of their Pleading seem to have thought that in this Objection we put more weight on our references to these statutory provisions than we actually do. For they go to some pains to show that neither Article 35, paragraph 2, nor Article 36, paragraph 2, constitute any specific authority for our proposition that, by virtue of the equality principle, Portugal was not entitled to file an Application against India before the latter knew, and before she could have known, that she had any rights against Portugal. Well, if our opponents are under the impression that we do in some way rely directly on the two statutory provisions for our proposition, I can put their minds at ease on the point. Of course we do not cite these provisions as direct authority for our proposition. We cite them simply as particular expressions and illustrations of the equality principle. Our thesis is that the principle of the equality of States with respect to both their rights and obligations before the Court is inherent in the consensual character of the engagement resulting from acceptance of the Optional Clause. Our thesis is that the principle of equality underlies the whole application of the Optional Clause and therefore must apply no less to the right to commence proceedings than to the obligation to submit to jurisdiction.

Our opponents in fact admit that the general principle of the equality of States before the Court is one which is not disputed by anybody. They say, however, that it is not an abstract principle which can justifiably be pushed to its extreme limits. They claim that it is a principle whose scope is determined by the Statute. That seems to us a very odd way of regarding the general principle. The principle is an elementary principle of justice that exists independently of the Statute. So far from the scope of the principle being determined by the Statute, its general application was assumed by those who drafted the Statute. The reasons for the particular expression of the principle in the two provisions cited by India by way of illustration are quite obvious. In the case of Article 35, paragraph 2, the power to determine the conditions on which the Court shall be open to States not Parties to the Statute is placed in the hands of the Security Council, a political body. It is understandable enough that it was thought necessary to emphasize that the conditions laid down by the Council must in no circumstances derogate from the general principle of equality before the Court. As to Article 36, paragraph 2, the novelty and the complication of the system of unilateral acceptance of jurisdiction introduced by the Optional Clause understandably also led the authors of

the Statute to think it desirable to state explicitly and to affirm that the principle of equality of obligation held good in the new system.

The idea, therefore, that the Statute determines the scope of the equality principle in the sense of placing restrictions on its general application in the interpretation of the Statute seems to us to be altogether incorrect. To state the matter that way is, we think, to put it the wrong way round. For the principle, being a general principle of international justice, is potentially of force in the interpretation of each and every provision of the Statute. In practice, of course, it is only where there is doubt as to the meaning, or where there is a lacuna, that the general principle needs to be brought in to assist in determining the meaning or to give efficacy to the Statute. But in any such case—and we think that the present case is such a one—the general principle may, we think, clearly come into play.

The Government of India considers that the general principle is manifestly infringed when a State makes a Declaration and then immediately files an Application against another State before the latter has notice of any possibility of having notice of the Declaration. When two States have accepted the Optional Clause, the Statute contemplates that each of them shall have an equal, mutual and reciprocal right to take proceedings against the other. But if one of them jumps the gun and starts proceedings before the other has any reasonable possibility of knowing of its rights, how can it be said that the other's right to equality, mutuality and reciprocity of treatment has been respected? This is far from being a question simply of comity and diplomatic propriety. It is a question of legal rights and of acting in good faith. In our submission, it comes very near to sharp practice to make a Declaration and file an Application almost in the same breath, and we do not believe that the framers of the Statute can possibly have intended to allow it.

It is true that the Statute does not expressly cover the point. Under paragraph 4 of Article 36 the Declarations of States are required to be deposited with the Secretary-General and the latter is directed to transmit copies of them to all Parties to the Statute and to the Registrar of the Court. Nothing, however, is said as to the rights of a new adherent to the Optional Clause *vis-à-vis* States already bound by the Clause before the transmission to the latter of a copy of the Declaration of the new adherent. Our opponents deduce from this omission that Declarations come into full force automatically upon their deposit in the Secretariat of the United Nations and that an Application can then be filed immediately against any State which is already a Party to the Optional Clause. In short, our learned opponents do not shrink from making the claim that a State, after long remaining outside the Optional Clause system of compulsory jurisdiction, may suddenly make a Declaration, notify the Secretary-General and pounce upon another State with an Application before the latter is aware or has any possibility of being aware that any jurisdictional agreement exists between them at all.

Mr. President and Members of the Court, our opponents seem to regard the Optional Clause as a kind of slot machine into which a State can insert a Declaration and at the same moment get out an Application. They represent the operation of the Optional Clause as entirely automatic. Into the machine goes a notification of a Declaration and the purchase of international justice is complete. And they say that no

contention to the contrary has ever been made; never, they insist, has it ever been said that the transmission of copies of a Declaration by the Secretary-General under Article 36, paragraph 4, delays the coming into force of the Declaration.

Now the reason why no such contention has ever been made before is, Mr. President, very simple. No State has ever before had occasion to put forward such a contention. No State has ever been confronted before with such an abuse of the Optional Clause system as Portugal's precipitate, premature filing of the Application against India in the present case. No State has ever before remained outside the Optional Clause system and then moved in with lightning speed to surprise its opponent with an immediate Application to the Court. We do not for a moment deny that this is the first time that the point has come up for consideration before the Court. On the contrary, we put the point to the Court as a new point in regard to which, in the absence of any previous precedents or of any specific provision in the Statute, it is free to lay down the principle which it thinks most conducive to a sane and a reasonable and a just operation of the Optional Clause.

What then is the principle which we contend should guide the Court in pronouncing upon our Second Objection? We recognize that the operation of Declarations under the Optional Clause is largely mechanical. The making of a Declaration in terms compatible with the Statute and its notification to the Secretary-General are in principle the acts which are needed to bring about a valid acceptance of the Optional Clause. But the establishment of the jurisdictional bond between two States under the Optional Clause cannot, we contend, be regarded as an entirely mechanical process or as one completed forthwith by the unilateral act of one State without any consideration of its effect on the rights of another. The Optional Clause confers precisely the same rights and obligations on each State and equality, mutuality and reciprocity are principles which are at the very basis of the Optional Clause system. In our view the notification of a new Declaration to the Secretary-General is only one side of the process of bringing the Optional Clause into operation between two States. This process, we contend, is not complete until the elapse, at any rate, of such brief period as in the normal course of events would enable the Secretary-General's communication of the new Declaration under Article 36, paragraph 4, to reach other Parties to the Statute and have its appropriate effects.

Our opponents, Mr. President, in their written Observations seek to confuse the issue a little by mis-stating the principle for which we contend, or, at any rate, misunderstanding it. They represent us as saying that the right of a new adherent to the Optional Clause to file an Application is suspended until the time when the other Party has had actual notice—actual knowledge—of the Declaration, whether by means of a communication from the Secretary-General or by direct notification from the new adherent. They go on to picture us as maintaining that actual knowledge of the Declaration on the part of the other State is in all cases a condition precedent to the filing of an Application. On this basis they assert that it follows inevitably from our thesis that a new adherent cannot be in a position to file an Application until it itself possesses evidence that its opponent has received notice of the Declaration from the Secretary-General. Then they say as the Statute contains no provision requiring a State to acknowledge receipt of the

Secretary-General's communication, a State making a new Declaration would have no means of knowing when it was in a position to institute proceedings. They then ask the Court to conclude that the principle for which we contend leads to wholly inadmissible results and is, to put it in a word, unworkable.

This attempt to turn our contention into a *reductio ad absurdum* is, I submit, entirely unconvincing. The principle thus criticized and pilloried in the Portuguese Pleading is not the principle for which we contend. Nor do any such consequences flow from our principle. We do not maintain that the other State must be proved in fact to have had actual knowledge of the Declaration before the filing of the Application. What we do maintain is that a State cannot validly file an Application until the elapse of such brief period as in the normal course of events would enable the Secretary-General's communication of the Declaration to reach other States. And we say in addition that the only excusable way of short-circuiting this procedure would perhaps be by giving the other State concerned actual notice of the Declaration through the diplomatic channel in advance of the Secretary-General's communication. Now this is not to say that actual notice is a condition precedent to the filing of an Application. All it means is that States must apply the Optional Clause in good faith when filing an Application, so as to respect and give effect to the rights of other States. In principle, we think, good faith does require a State to defer invoking the Optional Clause against another State until there has been some reasonable opportunity for the Secretary-General to carry out the duty expressly laid upon him by paragraph 4 of Article 36 to transmit copies of the Declaration to other Parties to the Statute. We can, however, see a case for saying that the requirements of good faith might also be satisfied by a direct communication to the other State concerned.

We do not go, and we do not need to go, as far as to say that there must be proof that the Secretary-General's communication transmitting a copy of the Declaration actually reached the other State before the Application was filed. If a State had allowed a reasonable time to elapse before filing a Declaration and it afterwards transpired that owing to some unfortunate error no action had been taken by the Secretary-General under Article 36, paragraph 4, that might be a different matter. In such an unlikely case the State concerned, having observed all the prescriptions of the Optional Clause in good faith, would probably be thought by the Court to be entitled to invoke what our learned opponents like to refer to as the automatic character of the system established by the Optional Clause.

Mr. President, I believe that in the last part of my argument when I referred to the very unlikely possibility of an error in the Secretariat of the United Nations, I talked of filing an Application—filing a Declaration. Of course I meant filing an Application. I say that only for the record. The point was quite obvious.

Now, Mr. President, surely it was for the very purpose of safeguarding the rights of other States that in paragraph 4 of Article 36 an express duty was laid upon the Secretary-General to communicate copies of Declarations to other Parties to the Statute. This provision cannot, in our submission, be regarded as a mere administrative instruction to the Secretary-General. The very fact that the provision appears in Article 36 of the Statute shows, in our view, that it is to be regarded as a point of

substance, and not as an administrative instruction. Our opponents do not deny that the other provision in paragraph 4 concerning the deposit of Declarations with the Secretary-General is a point of substance. On the contrary, they regard the provision as an essential step in the establishment of the obligation under the Optional Clause. It is, we suggest, only natural to suppose that the second half of paragraph 4 equally deals with a point of substance, and that the transmission of copies of Declarations to Parties to the Statute also has a part in the process of establishing the obligation.

It is no doubt true that the framers of the Statute did not cover the point by a precise provision and that it might have been better if they had done so. It is easy to be wise after the event, and I suggest that it is only fair to those who drafted the Statute to remember that State practice under the Optional Clause has evolved in a very different way from what they expected. This is particularly true of recent years, and to-day the acceptance of the Optional Clause by many States is very different from being the simple acceptance of compulsory jurisdiction which was in the minds of the framers of the Statute. Even if the framers of the Statute had originally thought of the Optional Clause as having the completely automatic character claimed by our opponents—and I do not myself believe that they did think of it in quite that way—such a view of the Optional Clause would be utterly inappropriate to-day. In essence, the Optional Clause system is very similar to the system prevailing under a multilateral convention and the multiplication and complication of reservations to the Optional Clause to-day really compels the application to its system of principles analogous to those which govern reservations to multilateral conventions. Under these principles, of course, a Party to the convention is not immediately bound by the accession of a new State to the convention when it is made subject to reservations—and certainly not before that Party has received any notice of accession and the reservations to the accession. I shall have more to say on this point when I deal with the Fourth Objection. I merely make the point now that even if this solution was not dictated by general principles—as I think it is—the changed character of the Optional Clause system imperatively requires the application to Declarations under the Optional Clause of the principle that a new Declaration which is subject to reservations is not automatically effective against an existing Party to the Optional Clause without any reference to the transmission of the Declaration under Article 36, paragraph 4, of the Statute.

Before concluding our argument on this point, Mr. President, I should perhaps say a word about one other objection which our opponents have advanced against the principle for which we contend. They complain in paragraph 30 of their Observations that we are quite imprecise and indefinite about the brief period which we say must elapse before an Application may be filed. We make no apology for any lack of precision there may be in our contention on this point. As I said earlier, there is a lacuna in the Statute which states no precise rule. As I also said, no State has previously acted with the unseemly haste with which Portugal has acted in this case. The result is that there are no precedents on the point. We admit that we cannot be absolutely precise in regard to the brief period which must elapse before an Application can properly be filed by a new adherent to the Optional Clause. The rule which we

put forward is that, there being a lacuna in the Statute, it is for the Court to appreciate and lay down in any given case whether a sufficient period has elapsed. No doubt, the Court in making its decision would take into account modern methods of communication, the normal procedures in the offices of international organizations. We do not suggest that any long period need elapse. All we suggest is that such brief period must be allowed to elapse as in the normal course of events, taking into account the considerations I mentioned, would give a reasonable opportunity for the action of the Secretary-General of the United Nations under Article 36, paragraph 4, of the Statute to have its intended and appropriate effects.

In our written Pleading, Mr. President, simply as an extra reinforcement of our argument we drew attention to the express condition of reciprocity contained in India's Declaration. We said that the principle for which we contend applies, perhaps, *a fortiori* when there is such an express condition in the defendant State's Declaration. For—and the point seemed obvious to us—the sole purpose of such an express condition is to make clear that the Court's compulsory jurisdiction is accepted only on the basis of a complete equality of rights and obligations between the declarant State and any other State adhering to the Optional Clause. Our opponents, however, seemed to think it necessary to take us up even upon this point. The condition of reciprocity, they say in paragraph 38 of their Observations, is an integral part of the Optional Clause, and it matters little whether or not it is expressed in a Declaration. By including in its Declaration the words "on condition of reciprocity", the Government of India, they maintain, introduced no special element which could not have been there in the absence of those words.

Of course, Mr. President and Members of the Court, we do not dispute that the condition of reciprocity is an integral part of the Optional Clause. On the contrary, we strongly insist that equality, mutuality and reciprocity of obligation is an essential basis of the Optional Clause system. But, in our view, Portugal goes rather too far in implying that an express condition of reciprocity really adds nothing to a Declaration. Very possibly an express condition of reciprocity adds little or nothing to the legal effect of the Declaration. I need not pause to examine the question, since we only rely on India's express condition of reciprocity as a general reinforcement for our argument. All that we ask the Court to deduce from India's express condition of reciprocity is that when she made her Declaration, equality, mutuality and reciprocity of treatment were in the forefront of her mind as an essential condition of her acceptance of the Optional Clause. That is all we say, and I should hardly have thought that the point could be controverted, or was worth while controverting.

Now, Mr. President, if I may return to the principle which we suggested and consider its application to the facts of the present case; the principle, of course, that we think such brief period should elapse as in the normal course of events would enable Article 36, paragraph 4, to be put into effect. The complaint of our opponents about lack of precision reads rather hollow in the facts of this case. The Court would not have to consider the furthest limits of this principle when dealing with this case. The facts of the present case, Mr. President, leave no room for doubt. Portugal, it is apparent, made and notified her Declaration for the

express purpose of instituting proceedings against India. She filed her application at once before there was any conceivable possibility of the Secretary-General's communication having reached other Parties to the Statute. Indeed, everything points to the conclusion that she filed her Application for the express purpose of instituting proceedings before a copy of the Declaration could be communicated to India. A more flagrant case for the application of the principle which we ask the Court to apply could scarcely be imagined. What we have here, Mr. President, is not merely the case of a filing of an Application in a manner which in fact frustrated the other State's right to equality, mutuality and reciprocity, we have here a case where the Application was filed prematurely for the express purpose of frustrating the right to equality, mutuality and reciprocity under the Optional Clause. Portugal, in effect, asks the Court to hold that none of this matters, that the operation of Declarations under the Optional Clause is wholly automatic, and that her Application of December 22nd, 1955, was immediately binding on India. We, on the other hand, ask the Court to apply the principle for which I have contended to-day, and to hold that the catch-as-catch-can tactics resorted to by Portugal in the present case are altogether out of place in the relations between sovereign States responsible for the interests of millions of people.

That, Mr. President, concludes my argument, and I only have to submit the submissions of the Government of India on this Objection. These submissions are:

(1) That the filing of the Application in the present case by the Portuguese Government on December 22nd, 1955, was in disregard of the equality, mutuality and reciprocity of treatment to which India was entitled under the Optional Clause; and that it was also in disregard of the express condition of reciprocity contained in the Declaration of the Government of India;

(2) That the Portuguese Application of December 22nd, 1955, was therefore ineffective to establish the compulsory jurisdiction of the Court under the Optional Clause; and

(3) That in consequence the Court is without jurisdiction to entertain that Application.

[Public hearing of 25 September 1957, morning]

Members of the Court will recall that, for the reasons explained by the Attorney-General, we think that it will be more convenient to the Court if we present our argument on the Fourth Objection next instead of waiting until after the Third Objection and that, with your permission, Mr. President, is what I am now going to do.

In our Fourth Objection we maintain that, having regard to the third condition in her Declaration, Portugal was absolutely debarred, by reason of the condition of reciprocity inherent in the Optional Clause and by reason also of the condition of reciprocity expressly stipulated in India's Declaration, from invoking the jurisdiction of the Court under the Optional Clause before the communication of Portugal's Declaration to India. Members of the Court will find India's presentation of her case in regard to this Objection in paragraphs 51-58 of her Pleading and Portugal's reply is in paragraphs 77-87 of her written Observations.

As our opponents have pointed out in their Observations, this Fourth Objection has some affinities with the Objection on which I addressed the Court yesterday afternoon. Its general foundation is the same, namely, the premature filing of the Portuguese Application and the disregard of India's rights to equality, mutuality and reciprocity of treatment. Nevertheless it has an additional basis which renders it proper to regard it as a quite independent Objection. The particular basis on which the present Objection rests is the reciprocal right which a State has to invoke in its own favour any condition, reservation or limitation contained in the other Party's Declaration by reason, of course, of the principle of reciprocity which governs the whole operation of the Optional Clause. That the Optional Clause does give such a reciprocal right to invoke any condition, reservation or limitation in the other Party's Declaration is not contested by our opponents and does not admit of doubt. It was, indeed, the express basis of the Court's decision in the most recent *Norwegian Loans Case*. That case has been so recently before the Court that for me to examine it at all may almost seem a slight impertinence. The case, however, has such a close bearing on the issue raised in the present Objection that I must refer briefly to it.

The clause under consideration in the *Norwegian Loans Case* was, of course, the reservation in France's Declaration which excluded from her Declaration "differences relating to matters which are essentially within the national jurisdiction as understood by the French Republic". This form of reservation which two Judges considered to be incompatible with the Optional Clause goes very far. It claims the right to determine the kinds of disputes actually included in the acceptance of jurisdiction, not merely after the Declaration was made but even after proceedings have already been instituted against the declarant State. If Sweden's interpretation of the Portuguese Declaration, which I mentioned in presenting our First Objection, is correct, then the Portuguese third condition goes equally far and perhaps further. But, even if the meaning now put upon her condition by Portugal is taken to be correct, there is still one important point which it and the French reservation have in common and which distinguishes them from most other forms of condition and reservation. This is the retention of a power, after the Declaration has been made, to determine at will and at any time the kinds of disputes to which the Declaration is to apply. Both France by her reservation and Portugal by her condition claim the right by a new act, a new expression of their wills, to exclude specified kinds of disputes from their acceptance of the Court's jurisdiction. Consequently, although the present case and the *Norwegian Loans Case* are not in all ways in *pari materia*, they are so in this respect.

In the *Norwegian Loans Case* the invalidity of the French reservation was not pleaded by Norway, who preferred to rely on her reciprocal right to invoke the reservation. In her First Objection, Mr. President, India has pleaded that Portugal's third condition is incompatible with the Optional Clause and that the whole Portuguese Declaration is invalid. Of course, if India's plea to that effect is upheld by the Court, this will be quite sufficient to dispose of Portugal's Application and to make our Fourth Objection superfluous. Nevertheless, in the light of its decision in the *Norwegian Loans Case*, we believe that the Court will also wish to give the most earnest consideration to India's Fourth Objection

in which she, like Norway, relies on her reciprocal right to invoke the other Party's own condition.

It will be enough for my purpose, Mr. President, if you will permit me to read two brief passages from the judgment in the *Norwegian Loans Case*. The first is at page 24 of the *Report*:

"France has limited her acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court by excluding beforehand disputes relating to matters which are essentially within the national jurisdiction as understood by the Government of the French Republic. In accordance with the condition of reciprocity to which acceptance of the compulsory jurisdiction is made subject in both Declarations and which is provided for in Article 36, paragraph 3, of the Statute, Norway, *equally with France*, is entitled to except from the compulsory jurisdiction of the Court disputes understood by Norway to be essentially within its national jurisdiction."

That passage says two things which are of the greatest significance for the decision of the present Objection. It says that Norway was entitled to read into her own Declaration a reservation exactly parallel to that in France's Declaration and substituting the name of Norway for France as the State entitled to invoke and determine the scope of the reservation. It also says, *expressis verbis*, that Norway, *equally with France*, was entitled to except from the compulsory jurisdiction of the Court disputes falling within the ambit of France's reservation. The French text of the Judgment, which is the governing text, is, if anything, even more emphatic in saying that Norway was entitled to a precise equality with France in having recourse to the reservation for the purpose of excepting categories of disputes from the Court's compulsory jurisdiction. For the words "equally with France" in the English text appear in the French text as "*dans les mêmes conditions que la France*".

The second passage which I want to read, Mr. President, is from the Court's statement of its conclusions on the last page of the Judgment—that is on page 27:

"The Court considers that the Norwegian Government is entitled, by virtue of the conditions of reciprocity, to invoke the reservation contained in the French Declaration of March 1st, 1949; that this reservation excludes from the jurisdiction of the Court the dispute which has been referred to it by the Application of the French Government; that consequently the Court is without jurisdiction to entertain the Application."

Now, in order to see the full significance of this conclusion for present purposes, it is necessary, I submit, to have in mind the circumstances and the particular form of reservation with which the Court was concerned in that case. The reservation claimed for France the right to declare her understanding that any given matter was within her national jurisdiction and thereby exclude it from her acceptance of compulsory jurisdiction. The French Declaration containing the reservation and giving rise to Norway's reciprocal right to declare her understanding of her national jurisdiction was made as early as 1949. Norway, although the controversy with France over the Norwegian State Loans was of long standing, did not invoke her reciprocal right to rely on the French reservation until after France had filed her Application. Nevertheless, she was held by the

Court to be entitled to invoke the reservation, to declare her understanding of her national jurisdiction and to exclude the loans controversy from her acceptance of compulsory jurisdiction with retroactive effect, I believe it is really correct to say with retroactive effect, upon the French Application. In other words, the famous rule in the *Noltebohm Case*—the rule that once the Court has been effectively seised of an Application, its power to proceed to adjudication is finally established—was not considered to be any obstacle to the exercise by Norway, even after the Application had been filed against her, of her reciprocal right to invoke her opponent's reservation.

My main purpose, Mr. President, in referring to the Court's decision in the *Norwegian Loans Case* is to consider its implications for the present case on the basis that the Portuguese third condition has the meaning attributed to it by Portugal. At the same time, however, I should perhaps observe in passing that if Sweden's and India's view of the Portuguese condition is shared by the Court, India, under the decision in the *Loans Case*, is clearly entitled, even after the filing of an Application against her, to except the present dispute from her acceptance of jurisdiction with retroactive effect. If Portugal is held to claim in her third condition the right at any time to reserve categories of disputes from her Declaration, in the sense that they are to be treated as never having been included in her Declaration, India, equally with Portugal, is entitled to exercise that right. In that event, Mr. President, India certainly asks the Court to treat her Objection to jurisdiction as an exercise of her right to exclude the dispute from her acceptance of jurisdiction on the basis of Portugal's third condition. I do not propose, however, to develop this point any further because, as we said in our First Objection, we think that if the interpretation of Sweden and India is correct, the Portuguese condition is manifestly invalid and the whole Declaration a nullity.

The Court's decision in the *Loans Case* is, we submit, very significant in relation to the present case, even if Portugal's own interpretation of her third condition is assumed to be correct. The Court left aside and did not discuss a number of other important grounds of objection raised by Norway and, in deciding the case, gave absolute priority and pre-eminence to Norway's reciprocal right to rely on France's reservation. It upheld the exercise of this right, as I have said, in the extreme case of a retroactive reservation invoked after the filing of the Application. India feels entitled, Mr. President, to conclude that this principle of absolute reciprocity is emphasized and reinforced when the State concerned expressly makes its acceptance of the Optional Clause on condition of reciprocity. If we apply the principle of the decision in the *Loans Case* to the present case, it is clear that Portugal's Declaration of the 19th December, 1955, conferred on India a reciprocal right, equally with Portugal—*dans les mêmes conditions que le Portugal*—to invoke and exercise the third condition contained in Portugal's Declaration. The Portuguese third condition, therefore, conferred on India the right—equally with Portugal under the same conditions as Portugal—to exclude from her Declaration at any time any given category or categories of disputes by notification to the Secretary-General. The net result was to entitle India under precisely the same conditions as Portugal to exclude from the scope of her acceptance of compulsory jurisdiction any category

of disputes at any time, so as to defeat any Application to the Court with respect to a dispute falling within the excluded category.

We are not concerned here with the question whether India, had she known of her reciprocal right, would or would not have exercised it immediately for the purpose of withdrawing the present case from the Court. We are not concerned here with the question whether it would or would not have been meritorious for India to do so. We are concerned here with Portugal's premature filing of the Application in the case. We are concerned here with Portugal's attempt in this case to operate the Optional Clause against India without any regard for India's reciprocal rights.

The filing of the Application by Portugal on the 22nd December, 1955, before India knew or had any possibility of knowing the terms and conditions of the Portuguese Declaration, in our submission, was a manifest violation of India's reciprocal rights and, more especially, her reciprocal right in regard to the third condition. The almost instantaneous filing of the Application after the making of the Declaration made certain, and was probably intended to make certain, that India could never exercise her reciprocal right under the Portuguese third condition in such a way as to exclude the present dispute from her acceptance of compulsory jurisdiction. In these circumstances, how can Portugal be said to have respected India's right to absolute reciprocity in regard to the third condition, equally with, under the same conditions as Portugal?

Portugal apparently claims always to have had the right from the 19th December, 1955, onwards to except any category of disputes from her Declaration by notification to the Secretary-General. India, however, did not even hear of the existence of the Portuguese Declaration until the 23rd December and did not learn of its terms until some days after that. When she did get to hear of the Declaration and learn of the third condition, Portugal had already tried, by filing an Application on the 22nd December, to remove the present dispute altogether outside the operation of her third condition. How can it then be said that Portugal recognized and respected India's right to invoke the third condition equally and under the same conditions as Portugal?

The evident aim of the Portuguese Government, Mr. President, in filing its Application so swiftly, as I have said, was to make sure that India could not have any possibility of withdrawing the present dispute from the Court's jurisdiction. Yet, at the same time, the Portuguese Government apparently thought it proper to reserve to itself a complete freedom to withdraw at any time from the jurisdiction of the Court any disputes in regard to which Portugal might be exposed to an Application on the part of India or any other State. Action of that kind, as we said in our Pleading, really seems to constitute not merely a disregard of India's right to reciprocity, but an abuse of the Optional Clause and, indeed, of the process of the Court.

So far, Mr. President, I have put to you India's case on this Objection without reference to what our opponents have had to say about it in their Pleading. I now propose to deal briefly with their arguments which are, in fact, much the same as those put forward in answer to the Second Objection.

First, our opponents try to give the impression again that there is a contradiction on the question of India's knowledge of the Portuguese

Declaration between our argument here and our argument on the Second Objection. We are said to insist in this Objection on the need for the Portuguese Declaration actually to have come to the knowledge of India before Portugal filed her Application. In the Second Objection, on the other hand, we are said only to require the elapse of the brief period necessary to enable the addressee in the ordinary course of events to receive the communication of the Declaration from the Secretary-General. I believe, Mr. President, that I have already, when presenting our argument on our Second Objection, said all that really needs to be said about this supposed contradiction in our arguments. There is no such contradiction. Perhaps, Mr. President, I may also be permitted however to add one comment, which is this. For the purposes of our case also on this Objection, we do not need to go as far as to maintain that Portugal should have waited until India had actual knowledge of the Portuguese Declaration before filing the Application. In the circumstances of this case we only say, and we only need to say, that good faith and respect for the rights of other States required Portugal not to file her Application until there was at least some reasonable possibility of other States coming to know of the rights and obligations devolving on them in consequence of the Portuguese Declaration. I hesitate to say it, Mr. President, but really it is true in this case. What India is asking the Court for to-day is to interpret and apply the Optional Clause so as to afford those States which may adhere to it some measure of protection against such forms of opportunist action, to use no stronger word, as India encountered at the hands of Portugal in the present case.

I do not however believe, Mr. President, that even our opponents considered that the supposed contradiction in our arguments is a sufficient answer to India's complaint that Portugal has violated her right to reciprocity in regard to the third condition. Their real arguments are to be found in paragraphs 83-84 of their Observations, where they rest their whole case on their automatic slot-machine theory of the Optional Clause and on the rule in the *Nottebohm Case*. These arguments are, of course, the same in substance as those with which they replied to our Second Objection, and I have already presented to the Court India's views concerning them. I therefore respectfully ask the Court to refer also in the present connection to the remarks which I made previously concerning those arguments. In effect, what I said on the automatic argument was that the Optional Clause system, although it certainly has in some measure an automatic character, is not as absolutely machine-like as our opponents represent. As to the *Nottebohm Case*, I pointed out that the matter in question in that case was an entirely different one from the matter at issue in the present case. Although I believe, Mr. President, that what I said concerning these arguments in connection with the Second Objection provides an answer to the same argument here, I think it may be useful for me to make a few comments on the particular way in which our opponents present these arguments in connection with the present Objection, and that I will do in my next intervention.

Our opponents' argument runs as follows. Declarations enter into force automatically on deposit with the Secretariat, and from that moment the declarant State may exercise the right to bring a dispute before the Court by unilateral Application. They further say that the reciprocity provided for by the Optional Clause is concerned solely with

the extent of the obligation incumbent on the two States at the time when the case is brought to Court. As to this part of their argument, Mr. President, my first comment is that it goes a good deal beyond the recent decision of the Court in the *Norwegian Loans Case*. In that case, although ultimately, of course, the question concerned the extent of the obligations of the two States when the Application was filed, the Court took into account the exercise of her reciprocal right by Norway after the filing of the Application. But in any event, Mr. President, the proposition that the reciprocity provided for by the Optional Clause is only concerned with the extent of the obligations of the two States at the time when the case is brought before the Court, seems to us to be completely unfounded. No doubt the question only becomes critical when a matter of jurisdiction is in issue before the Court. But the reciprocity provided for in the Optional Clause was clearly intended to be a general and continuing reciprocity governing the relations between the two States from the date of the establishment of the juridical bond between them until the date of its termination by the expiry of the Declaration of one of them.

Our opponents then go on to argue that, by claiming to extend the scope of reciprocity to the measures that the States concerned might possibly take before the institution of proceedings, India distorts the system of the Optional Clause. In this connection they cite the rule in the *Nottebohm Case* as authority for the proposition that it is only the moment at which the Court is seized that counts. They assert that what might have happened before that moment and what happens subsequently has no effect on the application of the system. Again, Mr. President, my comment is that this argument does not accord with the recent decision of the Court in the *Norwegian Loans Case*, where the Court did take into consideration what happened subsequently to the filing of the Application. In any event, as I have said already in connection with the Second Objection, the *Nottebohm Case* related to a quite different kind of case. Our opponents conclude their argument by asserting that when seized of a dispute by way of a unilateral Application, the Court has not to consider whether one of the Parties could have freed himself before the filing of the Application in whole or in part from its obligation under the Optional Clause. And they represent that the Court is only competent under paragraph 6 of Article 36 to decide a question of jurisdiction relating to the legal situation existing at the time of the filing of the Application. That, Mr. President, seems to us an extremely misleading way of putting the case. Our complaint is that there never was a valid Application before the Court. Our complaint is that it was a violation of the Optional Clause and of the reciprocity to which India was entitled under that Clause for Portugal to file an Application when she did. That is the legal situation existing at the time of the filing of the Application with which the Court has to deal under paragraph 6, Article 36. The question before the Court is not whether India could have freed herself before the date of the filing of the Application. The question before the Court is whether Portugal filed her Application illegally under the Optional Clause in breach of India's right to reciprocity. The *Nottebohm Case*, on the correctness of which no one would wish to cast doubt, deals with the entirely different situation where a valid Application was filed at a time when two valid Declarations were in force.

In this connection, Mr. President, it may be worth while, just for a moment, to look at what is really involved in the Portuguese slot-machine theory of the Optional Clause. According to that theory, as our opponents have put it to the Court, Portugal would seem to have been perfectly entitled to act in the following way. According to our opponents' theory, Portugal could have made her Declaration on the 19th December, filed her Application against India on the 22nd December, and on the 23rd December she could have invoked the third condition and excepted from her Declaration any disputes relating to rights of passage between Daman and the enclaves. This may be one of those *reductio ab absurdum* arguments to which our opponents like to resort. It does however serve to illustrate and to illuminate how utterly inconsistent with any real mutuality and reciprocity in the working of the Optional Clause is the theory which they are pressing upon the Court. Good faith and respect for the rights of others, in our submission, were intended to be written into the Optional Clause by those who framed it, and if they are not observed in a greater measure than by Portugal in this case the deterioration, if not collapse, of that system is certain.

There is another point I would like to make, Mr. President, before I conclude my argument. We are told by our opponents that in our Second and Fourth Objections we are, as it were, trying to by-pass the automatic operation of Declarations under the Optional Clause and are distorting the Optional Clause system. The general suggestion is that our arguments are quite out of line with general principle and accepted doctrine. I leave it to the Court to say who is distorting the Optional Clause system—India who is asking that it should be applied equitably and in good faith? Or Portugal who asks that the reciprocity guaranteed by the Clause should be regarded as a limited and almost technical principle? The other point that I want to add, Mr. President, concerns the consistency of our argument with general principle.

We say that Portugal ought not to have acted on her Declaration against India at least until there was a reasonable possibility of the terms of her Declaration coming to the knowledge of India. So far from this argument being out of line with general principle, the contrary is true. The Optional Clause is, in substance, a multilateral treaty. I have already had something to say to the Court on this aspect of the Optional Clause during my argument on the Second Objection. I pointed out how State practice in the matter of reservations had evolved in a much more complicated way than was or could have been expected. I pointed out how this evolution really made it essential to apply to the Optional Clause system principles analogous to those governing reservations to multilateral conventions.

If anything, Mr. President, we are asking for something less than the general principles governing reservations to multilateral treaties would give us. In order to make good my point, I need only refer to two passages in the Court's well-known Opinion on Reservations to the Genocide Convention, that is the Court's *Reports* for 1951. The first passage is on page 21:

"It is well established that in its treaty relations a State cannot be bound without its consent, and that consequently no reservation can be effective against any State without its agreement thereto."

The second passage comes later in the Judgment on page 25 and is itself a quotation from an Opinion of the United Nations Secretary-General:

“While it is universally recognized that the consent of other Governments concerned must be sought before they can be bound by the terms of a reservation, there has not been unanimity either as to the procedure to be followed by a depositary in obtaining the necessary consent or as to the legal effect of a State’s objecting to a reservation.”

There is the general principle stated in plain terms. In principle, no reservation can be effective against any State without its agreement thereto and in principle the consent of other States must be obtained before they can be bound by a reservation. Now what is true of a reservation is plainly true also of a condition.

I think I know, Mr. President, what our opponents will say. They will say that agreement to reservations and conditions can be given beforehand and that the Optional Clause, as it has been interpreted, authorizes the making of reservations and conditions. There is, however, a distinction, Mr. President, between agreeing generally in advance to a power to make reservations and conditions and agreeing in advance to accept a particular reservation or condition when made. Some conventions do actually authorize some particular reservations or conditions in advance. The Optional Clause itself authorizes the making of a Declaration on condition of reciprocity on the part of several or particular States. In the practice under the Optional Clause other forms of reservation or condition have appeared and some, no doubt, may be said to have established themselves as authorized and accepted. But it is a very different thing when you have such an unprecedented and manifestly dubious condition like Portugal’s third condition. This condition, even if you accept everything that Portugal says about it, is plainly inconsistent with the spirit and the purpose of the Optional Clause. On general principles, Mr. President, how can it be said that such a condition is at once binding on other States before they have any knowledge of it—before they have any means or possibility of knowing of it?

On general principles, therefore, we might well be entitled to ask the Court to declare that Portugal had no right to invoke the Optional Clause against India before India had knowledge of the terms of Portugal’s Declaration and had had an opportunity of accepting or rejecting them. As I said earlier, we do not need to go as far as that. We only need to ask the Court to declare that Portugal had no right to invoke the Optional Clause against us without at least waiting until there was a reasonable possibility of India having received notice of the terms of Portugal’s Declaration and of having considered them.

I have concluded my argument, Mr. President, on the Fourth Objection and will now present to the Court our formal submissions. These are:

(1) That the filing of the Applications in the present case by the Portuguese Government on 22nd December, 1955, was a violation of the reciprocal right conferred upon India, both by the terms of the Optional Clause, and by the terms of India’s Declaration, to exercise the power to make reservations which was contained in the third condition of the Portuguese Declaration;

(2) That the filing of the Application in the present case on 22nd December, 1955, having regard to the terms of the Portuguese third condition and of the principle of reciprocity, was an abuse of the Optional Clause and of the process of the Court;

(3) That for each and both of the above reasons and those are the reasons I have given, the Portuguese Application of 22nd December, 1955, was ineffective to establish the compulsory jurisdiction of the Court under the Optional Clause; and

(4) That in consequence the Court is without jurisdiction to entertain the Portuguese Application of 22nd December, 1955.

Mr. President and Members of the Court, I have now completed my argument on the three Objections which it has been my task to present to the Court. In a sense, these Objections might, I suppose, be considered to be procedural or technical Objections. But between States, jurisdiction is always a question of substance, and India's First, Second and Fourth Objections, I submit, concern in a very important way the proper working of one of the Court's foremost jurisdictional instruments. It has been a privilege as well as a duty for me to present to the Court India's point of view on these questions. Thank you, Mr. President.

4. PLAIDOIRIE DE M. P. GUGGENHEIM
 (CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DE L'INDE)
 AUX AUDIENCES PUBLIQUES DU 25 SEPTEMBRE 1957

[Audience publique du 25 septembre 1957, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Le Gouvernement indien a demandé à la Cour de déclarer irrecevable la requête portugaise pour le motif entre autres que les négociations diplomatiques qui ont eu lieu entre le Portugal et l'Inde ne répondent pas aux exigences du droit international en matière de juridiction internationale.

Comme le Gouvernement portugais l'a reconnu dans ses observations relatives aux exceptions préliminaires soulevées par l'Inde, le Gouvernement de l'Inde ne conteste pas que des négociations diplomatiques aient eu lieu avant le dépôt de la requête introductive d'instance, mais il prétend que ces négociations n'ont pas été menées comme elles auraient dû l'être dans le cadre du système de la juridiction obligatoire, système de juridiction obligatoire dont le Gouvernement de l'Inde pense d'ailleurs qu'il n'a pas été valablement établi dans l'espèce. On constate, en effet — et c'est la première observation que nous ferons à ce sujet —, que les efforts du Gouvernement portugais sur le plan diplomatique se situent à une époque où certainement aucun lien de juridiction obligatoire n'existait entre les Parties; après le dépôt de la déclaration portugaise reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour, le Portugal ne fit plus aucune tentative pour liquider le différend par la voie diplomatique. Entre l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, affirmée par le Portugal, et l'introduction de l'instance par la requête portugaise unilatérale, il n'y eut donc aucune démarche portugaise dans ce but.

Mais Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une autre constatation, et non moins importante, s'impose: l'objet du litige — les conclusions qui figurent à la page 33 du mémoire portugais: revendications d'un droit de passage, pour les personnes et les biens, y compris les représentants de l'autorité et les forces armées —, l'objet du litige, dis-je, n'a jamais fait l'objet de négociations diplomatiques entre les Parties. En voici la preuve: lorsqu'on examine les premières notes diplomatiques échangées en 1950, on se rend compte que ces notes se rapportent exclusivement aux revendications de l'Inde concernant le rattachement à l'Inde des territoires sous souveraineté portugaise: il s'agit là de revendications de caractère politique, identiques à celles qui avaient été soulevées antérieurement à l'égard de la Grande-Bretagne et de la France. Les revendications qui font l'objet du présent litige n'y sont pas mentionnées. Quant aux notes portugaises de 1953, le Gouvernement portugais y reproche au Gouvernement de l'Inde de ne pas avoir accordé le passage à des fonctionnaires portugais, mais sans soulever le problème de principe, celui du droit de passage. La question est donc différente de celle qui fait l'objet principal du présent litige, c'est-à-dire de la question de savoir si certaines interdictions de passage par le territoire

indien sont en principe conformes ou non au droit international. Dans les dernières notes, celles de 1954 et de 1955, ce sont de nouveau certains problèmes *concrets* qui sont discutés; il s'agit de savoir si certains actes et certaines omissions de l'Inde étaient conformes aux règles du droit international, si le Gouvernement de l'Inde était internationalement tenu d'accorder certaines facilités de passage au Portugal ou si tel n'était pas le cas. Le conseil du Gouvernement de l'Inde n'a pas l'intention de revenir une fois encore sur tous les faits mentionnés et discutés aux pages 156 et suivantes de l'exception préliminaire indienne, mais il tient cependant à constater que les réclamations qui font l'objet de la demande actuelle n'ont pas été examinées dans la correspondance diplomatique. C'est ainsi, par exemple, que les notes portugaises des 8, 13 et 17 août 1954 ne contiennent aucune référence au droit de passage. Il est uniquement question de la nomination de délégués en vue de la désignation d'observateurs étrangers et des facilités de transit à leur accorder. Dans la note portugaise du 22 août 1954, on ne trouve non plus aucune mention du droit de passage; il y est question du trafic postal et du prétendu blocus économique, matières au sujet desquelles le Gouvernement portugais se réfère aux règles du droit international. La même observation vaut pour la déclaration faite à la presse le 30 août 1954 par le ministre portugais des Affaires étrangères; il n'y est fait allusion à aucun traité, à aucune coutume, à aucun principe général de droit; il n'est question d'aucune prétention d'ordre juridique et justiciable. D'ailleurs, l'attitude adoptée par l'Inde ne permet nullement de conclure qu'elle n'eût été disposée à cette époque à examiner le conflit sous son aspect juridique. C'est ainsi qu'une note indienne du 1^{er} septembre 1954 déclare que c'est en vue de la situation actuelle (*in view of the existing situation*) que l'Inde n'est pas en mesure de garantir certaines facilités de passage aux autorités portugaises. La note portugaise du 6 septembre 1954 qui fait suite à la précédente ne contient non plus aucune référence à l'objet du différend actuel; elle est consacrée à la question du passage éventuel sur territoire indien d'observateurs portugais ou étrangers, choisis par le Portugal; l'Inde répond par note du 9 septembre 1954 que tous les étrangers qui désirent passer par le territoire de l'Inde doivent se soumettre aux dispositions ordinaires relatives aux passeports.

Il est vrai qu'à différentes occasions le Gouvernement du Portugal s'est référé aux droits et obligations incombant à l'Inde en vertu du droit international; c'est le cas, par exemple, dans la note portugaise du 13 septembre 1954; mais il ne s'agit jamais d'une réclamation d'un caractère général; il s'agit toujours uniquement de savoir si l'Inde a encouru une responsabilité internationale du fait de la conduite à une époque déterminée et dans une situation concrète. Jamais la question générale, celle du droit de passage en lui-même, n'a été invoquée dans la discussion diplomatique entre les Parties. En effet, il faut distinguer entre la responsabilité internationale que pourrait avoir éventuellement encourue l'Inde pour avoir causé un dommage au Portugal en lui refusant le droit de passage dans un cas d'espèce, et la question plus générale relative à l'existence même d'un droit de passage et des conditions dans lesquelles l'Inde serait obligée de l'admettre. Ainsi, la dernière note portugaise, celle du 6 août 1955, se rapporte à la responsabilité internationale de l'Inde pour certains actes prétendument accomplis en violation du droit international et non aux demandes retenues dans les conclusions principales du Portugal.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, mais on peut se demander la question suivante, se poser la question suivante: ces négociations diplomatiques qui n'ont jamais eu lieu, qui n'ont même pas été amorcées et qui par conséquent n'ont pas pu parvenir au point mort, ces négociations diplomatiques auraient-elles eu un intérêt, auraient-elles fait progresser la discussion de telle sorte qu'on aurait vu se dessiner une chance réelle de liquider le différend? Le Gouvernement de l'Inde est plus que jamais persuadé qu'une telle discussion aurait permis à la Cour de se rendre mieux compte que ce n'est actuellement le cas quel est le véritable objet du différend, c'est-à-dire quels sont les droits de transit que revendique le Gouvernement du Portugal. A ce sujet, je confesse, avec tout le respect que je dois aux auteurs des mémoires, des observations et conclusions du Gouvernement portugais, qu'en l'absence d'une telle discussion sur les principes qui doivent régir le droit de transit et de passage, les conseils de l'Inde ont de la peine à se rendre compte de la portée de la requête portugaise et même de la substance des réclamations présentées. Le Portugal prétend être titulaire d'un droit de passage à travers le territoire indien, ce droit de passage étant indispensable pour assurer la liaison entre les territoires portugais de la côte et les territoires enclavés, et par conséquent assurer l'exercice de la souveraineté portugaise sur ces derniers territoires. Toutefois, les conclusions du Portugal ne nous apprennent pas dans quelles conditions le droit de passage doit être exercé. Si on admet l'interprétation portugaise, telle qu'on la trouve à la page 623 des observations et conclusions du Gouvernement de la République portugaise, ce droit de passage ne suppose pas un régime d'immunité et n'aurait pas pour effet de soustraire le transit à l'exercice de la compétence territoriale indienne. On se demande alors quelle peut être la substance de ce droit de transit soumis à la juridiction de l'Inde. Nous avouons franchement ne pas saisir quel est le contenu de cette revendication, revendication nullement substantiée et même contradictoire, puisque d'une part elle est censée n'être pas contraire à la souveraineté territoriale de l'Inde et rentrer donc dans son domaine réservé, et qu'elle suppose d'autre part un exercice de compétence dans le cadre du droit des gens. Les éclaircissements nécessaires, seules des négociations diplomatiques auraient pu nous les donner. Dans ces conditions on peut même contester qu'il y ait véritablement différend entre les Parties, dans le sens que le droit des gens et la procédure internationale attribuent à cette notion. En tout cas, si on définit le différend conformément à la formule employée dans les traités de Locarno de 1925 et dans l'acte général de Genève de 1928, c'est-à-dire comme une contestation par laquelle « les parties se contesteraient réciproquement un droit », il n'y a, en l'espèce, pas de différend sur le problème principal qui nous occupe. Il s'agit bien plutôt d'une contestation d'ordre politique, non justiciable, rentrant dans le domaine réservé de l'Inde, et pour cette raison déjà non susceptible d'être examinée au fond par la Cour.

Le Gouvernement de l'Inde constate donc que le différend qui est visé dans la demande principale portugaise n'a jamais fait l'objet de négociations diplomatiques, ni avant ni après l'introduction de la requête portugaise devant la Cour. Il se pose toutefois la question de savoir si de telles négociations auraient dû avoir lieu en vertu du droit international coutumier. Contrairement à l'opinion énoncée dans les observations et conclusions du Gouvernement portugais, aux pages 587 et suivantes, le Gouvernement de l'Inde persiste à penser que dans le cadre de la juridic-

tion obligatoire de la Cour, et conformément à l'article 40 du Statut, de telles négociations doivent avoir lieu avant l'introduction de l'instance par requête unilatérale, et ceci que les négociations préalables soient mentionnées ou non dans l'acte de juridiction obligatoire à la base de la procédure.

L'obligation de poursuivre les négociations diplomatiques jusqu'à un certain point ressort en premier lieu de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et de la Cour permanente de Justice elle-même. En effet, lorsqu'on examine les différends qui ont été soumis à la Cour, aux deux Cours, par la voie de la juridiction obligatoire, on constate que dans tous les cas l'objet du litige avait fait l'objet, avant d'être soumis à la Cour, de négociations très poussées entre les Parties. En ce qui concerne la pratique de la Cour permanente de Justice internationale dans les années antérieures à 1933, je me référerai à l'excellente étude de M. Kaasik, professeur à l'Université esthonienne de Tartu, étude à laquelle le Gouvernement de l'Inde s'est déjà référé dans son contre-mémoire, sous n° 48, page 118, et intitulée: « La clause des négociations diplomatiques dans le droit international positif et dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale » (*Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1933, pp. 62 et ss.). En ce qui se rapporte à la jurisprudence consécutive, permettez-moi de vous indiquer une récente thèse genevoise d'un étudiant iranien, Mehdi-Madjihî Ahi: « Les négociations diplomatiques préalables à la soumission d'un différend à une instance internationale », parue en 1957. L'idée que des négociations diplomatiques doivent obligatoirement précéder le règlement judiciaire a trouvé également son expression dans certains actes multilatéraux dont on peut affirmer que sur ce point ils consacrent la pratique existante. Tel était, par exemple, le cas de l'article 13 du Pacte de la Société des Nations qui réservait exclusivement la voie diplomatique comme préliminaire à la procédure arbitrale ou judiciaire.

Comme nous venons de le dire, la jurisprudence de la Cour elle-même ne laisse subsister aucun doute sur la nécessité de négociations diplomatiques préalables, et cela est plus important que toutes les opinions doctrinales. Manley Hudson qui, dans son ouvrage *The Permanent Court of International Justice* (1943, pp. 413-416), professe un certain scepticisme à l'égard du caractère obligatoire des négociations diplomatiques lorsqu'aucune clause conventionnelle ne le prescrit explicitement — il se réfère à ce sujet à l'absence de disposition y relative dans le Statut de la Cour, bien qu'une telle clause ait été prévue dans les travaux préparatoires —, Manley Hudson, dis-je, s'est exprimé d'une manière bien différente lorsqu'il a eu lui-même à connaître de la question en qualité de juge. Dans l'affaire de l'*Électricité de Sofia*, le juge Hudson s'est en effet exprimé de la manière suivante dans son opinion dissidente: « Ce qui est essentiel, c'est qu'avant qu'une partie dépose une requête introduisant une instance devant la Cour, l'autre partie ait eu l'occasion de faire connaître et d'exprimer sa manière de voir du différend. Cette occasion ne peut être fournie que par des négociations diplomatiques. » (C. P. J. I., Série A/B, n° 77, p. 132.) Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, c'est l'expression du bon sens même. Dans le cas d'espèce, la manière d'agir de la partie demanderesse a rendu cependant impossible à l'Inde, pour employer l'expression du juge Hudson, « de faire connaître et d'exprimer sa manière de voir sur le différend »; en effet, la requête a été introduite par le Portugal avant que l'Inde ait eu connaissance de

la déclaration portugaise reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour, et, c'est peut-être encore plus important, sans que l'objet du différend fût déterminé.

[Audience publique du 25 septembre 1957, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans notre exposé de ce matin, nous avons tenu d'abord à constater que l'objet du litige, le droit de passage lui-même, n'a jamais fait l'objet de négociations diplomatiques entre les Parties. Nous vous avons ensuite déclaré que le Gouvernement de l'Inde est plus que jamais persuadé qu'une telle discussion aurait permis à la Cour de déterminer le véritable objet de la revendication portugaise, c'est-à-dire le droit de transit et de passage sans entamer l'exercice de la compétence et de la souveraineté indienne. En outre, nous avons posé la question de savoir si de telles négociations diplomatiques auraient dû avoir lieu en vertu du droit international. Après avoir indiqué le point de vue du juge Hudson dans l'affaire de l'*Électricité de Sofia*, selon lequel il est essentiel qu'avant qu'une Partie dépose une requête introduisant une instance devant la Cour, l'autre Partie ait eu l'occasion de faire connaître et d'exprimer sa manière de voir sur le différend, nous avons conclu que dans le cas d'espèce la manière d'agir de la Partie demanderesse a rendu cependant impossible à l'Inde de faire connaître et d'exprimer sa manière de voir sur le différend, pour employer les termes qui ont été employés par le juge Hudson.

En effet, la requête a été introduite par le Portugal avant que l'Inde ait eu connaissance de la déclaration portugaise reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour et sans que l'objet du différend fût déterminé.

Ce que nous venons de dire vaut donc aussi pour le cas où la clause conventionnelle des négociations diplomatiques préalables ne figure pas dans l'acte juridictionnel prévoyant la soumission d'un différend à la Cour. Nous sommes d'ailleurs d'avis qu'on a grandement exagéré dans la doctrine — et c'est aussi le cas pour les observations de nos honorables contradicteurs —, qu'on a grandement exagéré la différence qui existe en ce domaine entre le système conventionnel et le système coutumier, c'est-à-dire entre le cas où une règle conventionnelle explicite prescrit les négociations diplomatiques préalables et le cas où il n'y a pas d'acte conventionnel, comme en l'espèce. La condition a le même caractère dans les deux cas; cela ressort très nettement non seulement des observations mentionnées du juge Hudson, mais aussi de l'affaire *Mavrommatis*, où la clause du Mandat palestinien conférant juridiction à la Cour imposait explicitement aux Parties d'établir que le différend n'était pas susceptible d'être réglé pas des négociations diplomatiques préalables. Or, ni dans la décision de la Cour, ni dans les plaidoiries des deux Parties, cette condition n'a été limitée aux cas où les négociations diplomatiques sont prescrites par une convention. Le passage célèbre dans lequel la Cour se réfère aux négociations diplomatiques, passage que nous avons cité à la page 116 de l'exception préliminaire indienne et que les observations portugaises cherchent à tort à minimiser, n'a pas en vue exclusivement le domaine conventionnel. La règle énoncée dans C. P. J. I., Série A, n° 2, pages 15 et 19, a un caractère tout à fait général. Avant de se tourner vers l'interprétation de l'article 26 du Mandat palestinien, qui prévoit l'obligation de recourir aux négociations diplomatiques, la

Cour déclare en effet : « La Cour se rend bien compte de l'importance de la règle suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que les affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par des négociations. » Et la Cour énonce également le principe que la requête doit être suffisamment et clairement spécifiée lorsque, après l'échec des négociations diplomatiques, la revendication est portée devant la justice internationale : « avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours ... il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques » (C. P. J. I., Série A, n° 2, p. 15). Dans le même esprit, le représentant du Gouvernement grec, demandeur en l'espèce, a reconnu le caractère absolu et général de la règle. Voici comment M. Nicolas Politis s'est exprimé : « Entre États, comme entre particuliers, il ne faut considérer le recours à la justice que comme un moyen suprême. Entre États comme entre particuliers vaut la maxime : un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. » Et il ajoute que le Gouvernement qui agit en justice « doit avoir fait loyalement son possible pour s'arranger, il ne doit recourir à la justice que lorsqu'il est arrivé à la conclusion que tout accord direct est impossible ». (C. P. J. I., Série C, n° 5, I, pp. 52 et s. et p. 54.)

Le caractère général de la règle des négociations préalables a encore trouvé sa consécration dans d'autres décisions de la Cour. C'est ainsi que la Cour permanente de Justice internationale déclare dans son arrêt n° 13, arrêt relatif à l'interprétation des arrêts 7 et 8, aux pages 10 et suivantes, « qu'il paraît bien désirable qu'un État ne procède pas à une démarche aussi sérieuse que l'assignation d'un autre État devant la Cour, sans avoir auparavant tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vue qui ne pût être dissipée autrement ». Dans l'affaire de l'*Électricité de Sofia*, la Cour a rejeté une partie de la demande belge comme irrecevable parce qu'elle n'avait pas fait entre les Gouvernements l'objet d'un différend, avant que la requête belge fut introduite auprès de la Cour. Voilà comment la Cour s'exprime : « La Cour considère cette prétention du Gouvernement bulgare comme fondée. Il appartenait au Gouvernement belge d'établir que, dès avant le dépôt de la requête, un différend s'était élevé entre les Gouvernements relativement à la loi bulgare du 3 février 1936. » (C. P. J. I., Série A/B, n° 77, p. 83.) Évidemment, la Cour ne parle pas explicitement de négociations diplomatiques, mais, en déclarant que le Gouvernement belge n'a pas établi l'existence d'un différend, et en exigeant que cette condition soit réalisée *avant* l'introduction de l'affaire à la Cour, elle admet implicitement la nécessité des négociations diplomatiques dans le sens où nous l'entendons ; autrement dit, elle admet que les Parties, avant de porter l'affaire devant la Cour dans le cadre de sa juridiction obligatoire, doivent préciser les points en discussion dans le cadre des négociations diplomatiques. Or cela n'a certainement pas été le cas en l'espèce.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, c'est une double raison pour laquelle les négociations diplomatiques relatives à un différend porté ultérieurement devant la Cour doivent être poursuivies jusqu'à un certain point, jusqu'au « point mort », le « deadlock », selon l'expression employée par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire *Mavrommatis* (Série A, n° 2). En premier lieu, il est nécessaire que la Cour ait la possibilité de se rendre compte quel est l'objet du différend entre les Parties. Cet objet n'est pas déterminé exclusivement par les conclusions de la Partie demanderesse, mais aussi par les discussions ayant

précédé. Comme le dit à juste titre le professeur Kaasik, « c'est la mise en relation des opinions différentes, c'est l'opposition découlant et mise au clair par l'échange de vues entre les Parties qui font naître un différend justiciable et lui donnent une expression, une force ». La jurisprudence des deux Cours s'inspire nettement de cette considération pour fonder la nécessité des négociations diplomatiques préalables. Dans l'affaire *Mavrommatis* (Série A, n° 2, p. 15), la Cour permanente de Justice internationale a, en effet, déclaré: « ... qu'avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours en justice, il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques ». Et dans son avis consultatif concernant les traités de paix, la Cour internationale de Justice admet « que l'existence d'un différend doit être établie objectivement ». Cela signifie que la différence de vue entre la Partie demanderesse et la Partie défenderesse doit clairement résulter des pièces du dossier.

Le seul cas qui nous ait été opposé, dans la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale, l'affaire silésienne (Série A, n° 6, p. 14), ne fait pas échec à notre thèse. Dans son arrêt du 25 août 1925, la Cour permanente déclare que l'acte unilatéral de la Partie demanderesse est en mesure d'exprimer la contestation formelle de la Partie défenderesse en vue d'établir la divergence d'opinion. Cette règle peut sans autre se défendre à la condition que la divergence d'opinion ressorte clairement de la demande, car la Cour exige aussi pour cette situation l'existence d'une « divergence d'opinion qui se manifeste », selon elle, « dès qu'un des Gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier ». Les conclusions de la Partie demanderesse doivent donc refléter une « divergence d'opinion » préalable, une « opposition » entre les Parties, qui ne peut résulter que de leurs entretiens et de leurs discussions antérieurs. Dans le cas d'espèce, étant donné surtout l'imprécision de la demande portugaise relative au droit de transit par le territoire indien, cette divergence de vue, qui pourrait exceptionnellement se refléter dans les conclusions de la Partie demanderesse, n'existe pas et ne peut pas exister.

Mais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il y a encore une autre raison pour demander que les négociations diplomatiques aient atteint un certain point de développement. En effet, dans l'état actuel de la société internationale, le recours à la juridiction internationale conserve malheureusement un caractère exceptionnel; il suppose que la liquidation du différend par entente directe entre les Parties a été essayée sans succès et que le recours à un tiers s'impose. Cette manière de voir correspond aux conceptions doctrinales développées relativement à l'arbitrage et à la juridiction internationale, et elle a trouvé son expression classique dans des exposés tels que celui de Politis, que nous avons mentionné. Mais surtout elle trouve sa confirmation dans le fait que le système du droit international encore à l'heure actuelle met l'accent sur la nécessité, pour la procédure internationale qui doit se dérouler devant les organes collectifs institués par les conventions internationales, de respecter le désir des États de liquider leurs différends si possible par des voies directes. On peut souhaiter voir la juridiction internationale se développer et les États y recourir plus souvent. Il n'en reste pas moins qu'à l'heure actuelle les États désirent éviter le recours à la procédure internationale s'ils sont en mesure de s'entendre directement. C'est dans ce cadre que se situe la règle de la nécessité d'épuiser les instances internes avant de porter les réclamations « justiciables » devant les

organes judiciaires et administratifs internationaux, et c'est également dans ce contexte que se place l'exception préliminaire que les États défendeurs peuvent soulever lorsque les négociations diplomatiques sont insuffisantes ou ont fait défaut. John Bassett Moore, ce grand juriste, a exprimé cette idée sous une forme aussi claire qu'exacte. Dans son opinion dissidente dans l'affaire *Mavrommatis* (Série A, n° 2, pp. 62 et s.), il s'exprime de la façon suivante: « Les négociations sont, dans le domaine international, au sens du droit international, la méthode légale et régulière d'administration, suivant laquelle les Gouvernements, dans l'exercice de leur pouvoir incontestable, poursuivent leurs rapports mutuels et discutent, ajustent et règlent leurs différends. On pourrait citer de nombreuses et célèbres décisions pour montrer le respect dans lequel les tribunaux nationaux tiennent ce principe, lequel lie également les tribunaux internationaux... »

On peut être d'avis différent dans les cas d'espèce, sur la question de savoir quand les négociations sont « au point mort », quand « il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique », pour utiliser les termes mêmes de la Cour permanente dans l'affaire *Mavrommatis*. Cependant, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il est certain que ce point n'est pas atteint lorsque, comme en l'espèce, l'objet du différend n'est pas défini, n'est pas précisé. Il n'y a donc pas différend au sens du droit international et de la procédure internationale lorsqu'un État demandeur n'a pas précisé suffisamment sa demande dans les négociations antérieures à la procédure judiciaire. Cela est précisément le cas en l'espèce; le Portugal, dans les négociations qui ont eu lieu — à une époque, soulignons-le, où aucune obligation de juridiction obligatoire n'existait entre lui et l'Inde —, le Portugal n'a jamais soulevé la question du passage à travers le territoire indien sous l'aspect qui ressort maintenant de ses conclusions. De plus, lesdites conclusions elles-mêmes n'indiquent pas clairement quelle est la règle du droit que le Portugal entend voir appliquer au litige. Cette imprécision des conclusions retenues révèle bien que le différend n'a pas été suffisamment précisé dans la correspondance antérieure et donc qu'il a été porté prématurément devant la Cour. Cela explique pourquoi les conclusions principales portugaises laissent supposer que le litige porté devant la Cour est plutôt de ceux où la tâche du tribunal est d'ordre législatif, où il est prié d'indiquer quel devrait être, *de lege ferenda*, le statut applicable en l'espèce, et qu'il ne rentre donc pas dans la catégorie des conflits juridiques où il s'agit de constater l'existence éventuelle d'un acte illicite et d'en tirer les conséquences juridiques. Cela a pour conséquence, à notre avis, que la Cour ne saurait examiner les conclusions principales du Portugal qu'avec le consentement de l'autre Partie, car il ne s'agit pas en réalité d'un litige juridique et donc justiciable, mais d'un litige *de lege ferenda*, qui ne peut être réglé que selon l'équité, telle qu'elle est définie à l'article 38, chiffre 2, du Statut de la Cour. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir sur cet aspect de la question lorsque nous nous tournerons vers l'exception préliminaire n° 5.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans ces conditions que je viens d'indiquer, les observations du Gouvernement de la République portugaise figurant sous les chiffres 48 à 56 de son dernier mémoire nous paraissent donc dénuées de toute pertinence. Nous examinerons cependant certaines d'entre elles.

En ce qui concerne l'affaire *Nottebohm*, nous persistons à penser qu'il n'y avait pas de divergence d'opinion entre M. Henri Rolin et M. Sauser-Hall, quant à la nécessité de poursuivre les négociations diplomatiques jusqu'à un certain point. En effet, M. Sauser-Hall a clairement admis dans sa plaidoirie du 14 février 1955 que les négociations diplomatiques doivent être poursuivies jusqu'au point où il est permis « de constater une opposition de thèses et d'intérêts », et où il apparaît impossible « de concilier les points de vues des deux États ». Il faut, a-t-il dit en outre, « la constatation de l'existence d'un différend ». Nous estimons qu'en l'espèce ces conditions n'ont pas été réalisées. Seules des négociations diplomatiques auraient pu élucider le sens de la demande portugaise relative au droit de passage, c'est-à-dire le contenu des droits revendiqués par le Portugal et des obligations incombant à l'Inde. Le caractère abstrait des conclusions principales telles qu'elles ont été formulées ne permet ni à la Partie défenderesse ni, à notre avis, à la Cour de se rendre compte de la véritable portée des droits réclamés par la Partie demanderesse. Ce qui est la meilleure preuve que les négociations diplomatiques n'ont pas été menées assez loin pour permettre — dans les termes de M. Sauser-Hall — de « constater une opposition de thèses » et « l'existence d'un différend ».

Les observations du Gouvernement portugais relatives aux travaux de l'Institut de droit international concernant l'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice (observations et conclusions, nos 50 à 53) démontrent que le Gouvernement du Portugal attache à ces travaux une importance qu'ils n'ont certainement pas pour la question qui nous occupe. Si le Gouvernement de l'Inde les a mentionnés au n° 48 de ses objections préliminaires — d'ailleurs qu'en passant et d'une façon très sommaire —, c'est que dans la discussion aucun orateur n'a mis en doute l'existence, dans le droit international actuel, d'une règle rendant obligatoire les négociations diplomatiques préalables. Cela vaut aussi pour ceux des membres qui se sont opposés à ce que fussent mentionnées les négociations diplomatiques dans la clause modèle de juridiction alors en discussion, car il s'agissait d'un projet *de lege ferenda*. C'est ainsi que le principal adversaire de cette mention, le professeur Jessup, a émis l'opinion qu'il y aurait lieu « de donner quelques indications sur la durée du délai raisonnable pendant lequel la procédure diplomatique peut avoir lieu », et il ajoute « qu'il ne semble pas qu'il y ait des raisons de *maintenir* l'obligation des négociations préalables ». Or cette dernière formule suppose que dans le droit actuel cette obligation existe. Si cet éminent juriste s'est opposé à l'insertion de la clause des négociations dans le projet discuté par l'Institut, c'est uniquement pour des raisons d'ordre politique: il craignait que cette insertion ne confirmât les Gouvernements dans leurs hésitations à soumettre leurs différends à la Cour. Ce sont donc uniquement des raisons d'opportunité, entre autres la crainte de manœuvres dilatoires de la part de la Partie défenderesse, qui ont empêché le professeur Jessup à se rallier à la proposition du rapporteur (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1956, pp. 197 et ss.). L'opposition de M. Waldock à la clause n'a pas non plus le caractère absolu que lui prêtent les observations portugaises. Aussi bien dans son intervention à l'Institut (*Annuaire*, 1956, pp. 204 à 206) que dans son article sur le *Decline of the Optional Clause* (*British Year Book* 1955-1956, p. 266, note 1), le professeur Waldock demande que la question ait atteint « le stade de différend »

et qu'il y ait « *sufficient interchanges between the Parties to establish the existence of a dispute* », ce qui est une autre manière de définir la nécessité de négociations diplomatiques.

Les orateurs que nous venons de mentionner ne furent d'ailleurs pas les seuls. Il y en eut d'autres qui eux ont d'ailleurs admis d'une manière très catégorique la nécessité de poursuivre les négociations tant qu'elles n'apparaissent pas inutiles et qui ont reconnu que cette obligation avait son fondement en droit international coutumier. C'est ainsi que M. Rolin, tout en s'opposant à l'insertion de la clause dans le projet à élaborer par l'Institut, s'est exprimé de la manière suivante: « *La Cour ... a sans doute reconnu que les États avaient l'obligation de tâcher de résoudre leurs difficultés par la voie diplomatique, c'est-à-dire de présenter leur demande par la voie diplomatique avant de saisir la Cour. Il est intéressant de consulter à cet égard l'arrêt *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie...* » (Annuaire de l'Institut, 1956, p. 189). M. van Asbeck dit explicitement (Annuaire, 1956, p. 185) que la clause des négociations diplomatiques « fait l'objet d'une règle de droit coutumier ». Cette opinion est partagée par M. Ruegger (Annuaire de l'Institut de Droit international, 1956, p. 189).*

Monsieur le Président, Messieurs les Membres de la Cour, il me semble toutefois difficile de tirer des conclusions définitives de ces débats. Leur objet était en effet, comme nous l'avons dit, d'ordre législatif. Mais une chose est certaine: tous les participants à la discussion ont reconnu qu'un certain minimum de négociations devait avoir lieu sur l'objet du litige avant que celui-ci ne fût porté devant la Cour par requête unilatérale. En d'autres termes, il est indispensable que l'objet du litige, que la prétention juridique, soient auparavant déterminés, définis et précisés.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on pourrait se demander ici si la fermeture de la légation de l'Inde à Lisbonne a eu pour effet de modifier la règle que nous venons de rappeler. Tel n'est certainement pas le cas, car la fermeture d'une légation doit être distinguée de la rupture des négociations diplomatiques. Or entre l'Inde et le Portugal les négociations diplomatiques ne furent pas rompues. La meilleure preuve en est que les deux pays continuèrent à échanger des notes diplomatiques, malgré la fermeture de leurs légations respectives. Le Portugal avait toute possibilité pour engager la discussion sur les questions qui font l'objet maintenant de ses conclusions principales. Il ne l'a pas fait, nous le répétons, puisque les notes portugaises se rapportent uniquement à des prétendues violations du droit international que l'Inde aurait commises en n'accordant pas au Portugal l'assistance requise, ainsi qu'à des demandes d'accorder le passage à certaines personnes déterminées. Toutes les notes auxquelles le Gouvernement portugais se réfère, dans son dernier mémoire, aux nos 60 à 71, toutes, sans exceptions, confirment cette manière de voir. Il n'y est jamais question que de la situation existante à l'époque. Il faut se rapporter au discours prononcé par le président du Conseil portugais le 30 novembre 1954 pour trouver une énonciation des principes qui font l'objet des principales conclusions du Portugal. Mais un tel discours ne saurait être assimilé à des négociations diplomatiques. Il est d'ailleurs intéressant de constater que le droit de passage réclamé par le Portugal y est qualifié de principe de *droit naturel* (p. 695 de l'annexe aux conclusions et observations du Gouvernement portugais), ce qui prouve que le Gouvernement portugais lui-même

admet que le droit de passage qu'il revendique n'est pas consacré par le droit international positif et que le différend qui sépare les Parties se déroule donc sur le plan politique et non juridique. La même constatation vaut pour une manifestation unilatérale antérieure du Portugal. Nous pensons à l'exposé du ministre des Affaires étrangères du Portugal, du 30 août 1954, au sujet de la position portugaise à l'égard des négociations avec l'Union indienne; là non plus il n'est question du droit de passage visé dans les conclusions principales.

En tenant compte de ces éléments, on peut juger de l'effet de surprise qu'a produit la requête introductive d'instance du Portugal, requête intervenue immédiatement après son adhésion aux Nations Unies — en faveur de laquelle l'Inde s'était prononcée à l'Assemblée générale — et sur la base d'une déclaration d'adhésion à la clause facultative dont l'Inde n'avait même pas encore connaissance. Étant donné qu'aucun différend juridique et justiciable relatif aux principes gouvernant un droit de passage n'était né entre les Parties avant la reconnaissance par le Portugal de la juridiction obligatoire, il eût été indispensable que les deux Gouvernements confrontent leurs points de vue après que le Portugal se fût soumis à la juridiction obligatoire. Il est évident que le nouveau lien de juridiction obligatoire affirmé par le Portugal aurait obligé l'Inde à réexaminer la situation sous ce nouvel angle. Mais, par son geste hâtif, le Portugal a lui-même mis obstacle à ce que le litige soit réglé à l'amiable. Au point de vue juridique, le fait que les négociations diplomatiques n'aient pas été reprises après l'adhésion du Portugal à la clause facultative — à notre avis non valable — a pour effet que le différend, qui n'a jamais été défini et n'a jamais été spécifié dans les termes où le Portugal le pose maintenant, n'a jamais pu naître comme tel. Le manque de précision qui caractérise les conclusions avancées par la Partie demanderesse — et qui posera la tâche délicate de leur interprétation —, ce manque de précision est la meilleure preuve que l'appel à la juridiction internationale n'a pas été précédé d'une certaine période de négociations diplomatiques qui auraient permis aux Parties de définir l'objet du litige.

Ce travail de clarification aurait dû avoir lieu en tout cas une fois que le Portugal avait reconnu la juridiction obligatoire de la Cour et avant toute requête unilatérale. La *loyauté qui doit présider aux rapports interétatiques* l'aurait également exigé.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je résume ma pensée:

1° Le Gouvernement de l'Inde constate en premier lieu que certaines des conclusions du Portugal, en particulier celles qui se rapportent à la revendication d'un droit de passage pour les personnes et les biens à travers le territoire indien (droit qui s'appliquerait également aux membres des forces armées et autres représentants de la puissance publique), ces conclusions, disons-nous, n'ont jamais fait l'objet de négociations diplomatiques entre les Parties. Seuls certains problèmes concrets, relatifs à des situations particulières nées à l'occasion des troubles qui se sont produits dans les enclaves, ont été discutés entre les deux Gouvernements.

2° Le Gouvernement de l'Inde constate encore — et cela n'est qu'une conséquence de l'absence de négociations diplomatiques — que les conclusions du Portugal n'ont pas la précision suffisante.

3° Étant donné que les conclusions n'indiquent pas clairement l'objet du litige, le Gouvernement de l'Inde conteste qu'un différend d'ordre juridique soit né entre les Parties; or conformément à l'article 36, chapitre 1, du Statut de la Cour, seule cette catégorie de différends peut être soumise à la Cour par requête unilatérale dans le cadre de la juridiction obligatoire basée sur l'adhésion à la clause facultative.

4° Le Gouvernement de l'Inde maintient l'opinion qu'il a exprimée dans son mémoire relatif aux exceptions préliminaires: des négociations diplomatiques auraient dû avoir lieu avant que la requête ne fût introduite auprès de la Cour; et cela même en l'absence d'une disposition conventionnelle les prescrivant. Cette règle découle nettement de la jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale et de celle de la Cour internationale de Justice, et elle a un double fondement:

- a) Tout d'abord le fait qu'il est nécessaire pour la Cour de se rendre compte quel est l'objet du litige. Seule la clarification opérée par l'échange de vues entre les Parties permet de définir cet objet.
- b) Il faut considérer en outre que, pour le droit international, le recours à la juridiction internationale est un moyen de procédure exceptionnel qui suppose, s'il doit être mis en œuvre, que tous les efforts des Parties au litige pour arriver à un accord ont été vains. Les Parties peuvent différer d'avis quant au moment auquel les négociations sont arrivées au « point mort », mais il est certain que le « point mort » n'a pas été atteint lorsque, comme en l'espèce, l'objet même du différend n'a pas été précisé ni concrétisé au cours des négociations.

5° La fermeture de la légation de l'Inde à Lisbonne non plus que celle du Portugal à la Nouvelle Delhi n'a pas signifié la rupture des relations diplomatiques entre les Parties. La meilleure preuve en est que l'échange des notes diplomatiques sur les situations concrètes qui avaient donné lieu à cette correspondance a continué. Rien n'empêchait donc le Portugal de procéder même alors à un échange de vue sur l'objet principal du litige, tel qu'il résulte de ses conclusions.

6° Comme aucun différend juridique et justiciable n'était né entre les Parties, avant la reconnaissance de la juridiction obligatoire par le Portugal, au sujet des principes réglant le droit de passage par le territoire de l'Inde, le Gouvernement portugais était tenu d'entamer, une fois qu'il avait reconnu la juridiction obligatoire, des négociations sur ce qu'il considérait comme l'objet du litige, ceci d'autant plus qu'une nouvelle situation venait d'être créée. La manière dont le Portugal a procédé à cette époque, c'est-à-dire l'introduction prématurée de l'instance devant la Cour sans même que l'Inde ait eu connaissance de la reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour par le Portugal, a fait obstacle à ce que l'objet du litige soumis à la juridiction internationale fût précisé.

7° Pour toutes ces raisons, le Gouvernement de l'Inde vous prie, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de déclarer fondée l'exception préliminaire qu'il a présentée et qui est basée sur l'insuffisance des négociations diplomatiques préalables à l'introduction de l'instance.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention.

5. ORAL ARGUMENT OF SIR FRANK SOSKICE
 (COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
 AT THE PUBLIC HEARINGS OF 26 AND 27 SEPTEMBER 1957

[Public hearing of 26 September 1957, morning]

Mr. President and Members of the Court:

I would now like to address the Court upon India's Fifth Objection. Our Fifth Objection, Mr. President and Members of the Court, concerns the subject-matter of the Portuguese Application. India, in this Objection, maintains that the dispute referred to the Court by Portugal is not one with regard to which she has agreed to accept compulsory jurisdiction under the Optional Clause. The subject-matter of the dispute, India contends, is one which by international law falls exclusively within her domestic jurisdiction and is therefore not within the terms of the Declaration of the 28th February, 1940, on which the Portuguese Application is founded. India's arguments in support of this contention, as Members of the Court will be aware, have been set out at some length in paragraphs 59 to 197 of her written Pleading. No less than ninety-four of these paragraphs are devoted to an exposition of historical fact. This is, we recognize, a much lengthier treatment of the facts than is normally found in a Preliminary Objection. The Attorney-General of India has already explained to the Court that we had to take this somewhat unusual course because Portugal had chosen not to put the facts of the case to the Court. He has already expressed the surprise of the Indian Government that Portugal, in her Observations, that is, in paragraphs 88 to 158 of her Observations, should neither have attempted to say anything in contradiction of the facts nor to supplement the very marked deficiencies of her own presentation of the facts in the Memorial. Portugal, Mr. President and Members of the Court, must, in my submission, in these circumstances be taken to have deliberately decided, so far as the present proceedings are concerned, to take her stand on the facts as they are disclosed in her Memorial and in our Pleading. She has done so after having been directly challenged by India as to the inadequacy of her statement of facts in her Memorial. The Attorney-General of India stressed this matter in his opening speech, and I am venturing to stress it again to-day because, in our view, it may have a very important and even decisive bearing on the Court's findings in regard to our Fifth Objection.

The burden, Mr. President and Members of the Court—the burden of proof, as I shall seek to show in a moment—lies on Portugal to satisfy the Court that the Court can properly assume jurisdiction in the present case. It must, therefore, in my submission, be at Portugal's own peril on the issue of jurisdiction that she deliberately limits the facts submitted to the Court at the present stage of the proceedings. Portugal's attitude in regard to the facts, Mr. President and Members of the Court, is in my submission indeed somewhat curious. She asks the Court to accept jurisdiction in the present dispute on the basis of India's Declaration, which itself, however, expressly disclaims any

acceptance of jurisdiction in the case of disputes concerning matters of domestic jurisdiction. Portugal has elected, so it would appear, deliberately to withhold from the Court the facts which might enable the Court to form a clear opinion, one way or the other, as to whether the present dispute relates to matters of domestic jurisdiction. She then actually has what I submit I may properly describe as the hardihood to contend that it would be quite wrong and an injustice to Portugal if the Court were to decide the Fifth Objection in favour of India without first undertaking a full investigation of the case. This, I am bound to say, seems to us very like pleading one's own default.

I shall have to return later in my argument to Portugal's suggestion that the Fifth Objection should be joined to the merits. At the moment, Mr. President and Members of the Court, I am concerned only to present to the Court, at the outset, India's formal submission that, for the purpose of these preliminary proceedings, Portugal should be confined to the statements of fact which appear in the pleadings. In so far as the decision of the Fifth Objection depends upon fact, therefore, the Court, in our respectful submission, should only act upon the basis of the facts which emerge from the statements of the Parties in the Memorial and in India's Preliminary Objection.

Mr. President and Members of the Court, I should now like to turn more specifically to the question of the burden of proof in regard to the Fifth Objection. Our opponents assert in their Observations that the burden lies on India to prove affirmatively that the dispute does concern questions which by international law fall exclusively within her domestic jurisdiction. Their argument, which seems to us at any rate to be of somewhat too categoric a character, apparently runs on these comparatively simple lines. They contend that it is impossible to contest that the subject-matter of the present dispute falls within the limits of the compulsory jurisdiction of the Court, as accepted in principle by India. It is only by virtue of the exception concerning matters of domestic jurisdiction that India can possibly maintain that the dispute does not fall within the Court's jurisdiction. As India relies on an exception to a principle, the burden of proof manifestly falls on her to show that the exception applies to this particular dispute. That is the effect, Mr. President and Members of the Court, of the argument as presented on behalf of Portugal, as we understand it.

Mr. President and Members of the Court, India cannot agree with Portugal's submission on what I may call the general burden of proof in relation to the Fifth Objection. It is the consent of the Parties which founds the Court's jurisdiction. In the *Anglo-Iranian Oil Company Case*—at page 103 of the 1952 *Reports*—the Court said in terms that unless the Parties have conferred jurisdiction on the Court in accordance with Article 36, the Court lacks jurisdiction. Accordingly, when a State brings a case before the Court by Application unilaterally, the primary burden, in my submission, inevitably lies upon that State to establish that the defendant State has consented to jurisdiction in respect of the particular dispute which is the subject-matter of the Application. That I submit is self-evident and it must, in my submission to the Court, be the point of departure in any discussion of the burden of proof when an objection to jurisdiction has been raised and is before the Court for decision.

The primary burden of proof in regard to the Court's jurisdiction therefore lies on the Applicant State. Although that is so, I recognize

that this burden may be shifted to the defendant State in a particular case by the cogency of the considerations adduced by the Applicant in favour of the view that the defendant did previously consent to the jurisdiction in the case in question. Portugal, I can only assume, Mr. President and Members of the Court, is now asking the Court to hold that merely by pointing to the Indian Declaration of 1940, she has successfully shifted the burden of proof to the Government of India. That is not in my submission, however, the position at all. In order to shift the burden of proof, Portugal has to show not only an acceptance by India of the Court's jurisdiction, for at least some categories of disputes, but also that the present dispute *prima facie* falls within the terms of that acceptance. Our opponents maintain that they have made good both these points, but in our submission they arrive at this conclusion only by an inadmissible interpretation of India's Declaration and by the dogmatic and unfounded assertion that the present dispute is incontestably one which, in principle, falls within the scope of the Declaration. Mr. President and Members of the Court, the interpretation put upon India's Declaration by our opponents is inadmissible because they do not read the Declaration as it is written. They read it as if it consisted of two separate declarations, the one accepting jurisdiction for all disputes and the other cancelling the acceptance for disputes with regard to questions which, by international law, fall exclusively within her jurisdiction. But India's acceptance of jurisdiction never was, either in form or in substance, an acceptance for all disputes. It was an acceptance for all disputes other than disputes with regard to questions which, by international law, fall exclusively within her jurisdiction.

Thus, the domestic jurisdiction reservation is not found to be expressed in India's Declaration as an exception to a principle—it is found as an essential part of India's definition of the limits of her acceptance of compulsory jurisdiction. When our opponents speak of India's reservation of matters of domestic jurisdiction as being an exception to a general principle, they perhaps have in mind what the Permanent Court said about the domestic jurisdiction reservation in paragraph 8 of Article 15 of the Covenant. In its well-known Opinion on the *Tunis-Morocco Nationality Decrees*—Series B/4, page 25—the Court certainly referred to that domestic jurisdiction reservation as an exception to a general principle and said that for that reason it did not lend itself to extensive interpretation. But paragraph 8 of Article 15 was framed quite differently from the reservation in India's Declaration. Paragraph 1 of Article 15 first conferred a general jurisdiction on the Council for all disputes likely to lead to a rupture; then paragraph 8 expressly, by way of exception, took away from the Council disputes with regard to matters of domestic jurisdiction. In India's Declaration, however, the grant of jurisdiction itself is so expressed as by definition not to extend to disputes with regard to matters of domestic jurisdiction.

Accordingly, in our submission, Mr. President and Members of the Court, our opponents' argument that a burden of proof lies on India by reason of her being under a supposed obligation to establish an exception to a general principle is, in our submission, entirely misconceived. On the contrary, Mr. President and Members of the Court, it is Portugal who, as Applicant, has to satisfy the Court that it has jurisdiction over the present dispute. And Portugal can only do this by showing that the present dispute *prima facie* falls within the terms

of an acceptance of jurisdiction, which, when examined, is found *expressis verbis* not to extend to disputes concerning matters of domestic jurisdiction.

I am sure, Mr. President and Members of the Court, that our learned opponents did not mean to cast any reflections on our Pleading when they wrote in the Portuguese Observations that *incontestably* the present dispute is one which is, in principle, within the terms of India's acceptance of jurisdiction. At any rate, I am going quite unashamedly to state before the Court that it was precisely that point which we did contest in our Fifth Objection—and with a good deal of force, as we thought. Basically, our position on the point is, we think, very simple. The present dispute, according to Portugal itself, concerns rights of passage over Indian territory for persons and goods, including armed forces. We contend that the dispute, by reason of its subject-matter, is *incontestably* one which does not, in principle, fall within the terms of India's Declaration. The Court already knows from our written Pleading the considerations on which we base this contention, and I shall again revert to them later in my argument. In a word, we say that *incontestably* the passage of foreign persons and goods and especially armed forces across a State's territory is a matter which is, in principle, left by international law exclusively within the jurisdiction of the territorial State.

If that is right, and we most definitely think it is, I do not see how the present dispute could possibly be said to be one which, in principle, falls within the terms of India's Declaration. It is certainly not possible if the words of India's Declaration are interpreted as they were written. Nor, in point of fact, Mr. President and Members of the Court, do I think that it would be possible even if you read India's Declaration in the way in which our opponents seek to read it—that is, even if the domestic jurisdiction clause is regarded as being in form an exception to a general grant of jurisdiction. High authority exists for the view that a domestic jurisdiction clause like that in India's Declaration really makes no difference to the effect of the Declaration. Judge Hudson, for example, in his classic book on the Permanent Court of International Justice says on page 471, and I quote:

“It is difficult to see what is accomplished by this exclusion: if a dispute relates to questions which fall within exclusively national jurisdiction, it does not fall within one of the classes enumerated in paragraph 2 of Article 36.”

In short, according to Judge Hudson and other high authorities, our opponents' much emphasized exception to a principle turns out not to be a genuine exception at all. It turns out to be simply a different way of looking at the principle—the obverse side of the coin. When India objects that the dispute concerns matters of domestic jurisdiction, her objection, in effect, is simply that the dispute does not fall within the categories covered by the Optional Clause. My respectful submission is that in the light of these considerations the last vestige of our opponents' case for shifting the burden of proof on India disappears.

Indeed, Mr. President, I should not have thought it necessary to take up so much of the Court's time in discussing the burden of proof, if our opponents were not asking the Court so insistently to make every possible assumption in their favour. First, they ask you to assume that they will

be able to produce more and better evidence at a later stage; then they ask you to assume, without argument, that their case falls within the terms of India's Declaration; and then they ask you to assume that the burden of proof lies upon India with regard to this Fifth Objection. It may well be, Mr. President and Members of the Court, that all these reciprocal contentions about the general burden of proof do not greatly advance the Court's task. The Court, it is my understanding, will in any event always examine *d'office* whether or not it has jurisdiction in a given case and will always require to be satisfied that the arguments militating in favour of jurisdiction are at least preponderant over those which militate against it.

In a moment, Mr. President and Members of the Court, I shall come to a much more important preliminary question, namely, what is the criterion to be applied in the present proceedings for determining whether the Fifth Objection is well or ill founded. Before I examine this question, however, I must deal briefly with a contention put forward by our opponents in paragraph 92 of their Pleading. In that paragraph they allege that the scope of the reserved domain of matters of domestic jurisdiction is uncertain and controversial. They then maintain that it is incumbent upon India to establish exactly what are the limits assigned to that domain by international law and that, if there is any doubt upon the point, the principle of compulsory jurisdiction remains applicable. So here we have one more attempt by our opponents to put a burden on India—the burden of elucidating the legal meaning of the reserved domain of domestic jurisdiction.

If my learned opponents will forgive me for saying so, this contention is one which, in principle, is most decidedly not incontestable. In the first place, it is founded on our opponents' theory of the Indian reservation as an exception which has to be affirmatively established, if the general principle of compulsory jurisdiction is not to prevail. This theory, as I have just submitted, appears to us to be completely misconceived. In the second place, our opponents in putting forward this contention seem to us to have ignored the fundamental rule *jura novit curia*. It is for the Court rather than the Parties to know and lay down the precise limits of the reserved domain, if this should be necessary for the decision of the present Objection. And for the purposes of the decision of the present Objection, it does not seem to us likely that the Court will be unduly troubled by any of the supposed uncertainties as to the scope of the reserved domain.

Indeed, Mr. President and Members of the Court, I rather wonder whether our opponents were entirely serious in putting forward this contention, and I do not propose to go further into it. I think, however, it only right to point out that an investigation of the supposed uncertainties as to the scope of the reserved domain may not be at all to the advantage of our opponents. Surely, if at any rate my submissions, hitherto on the question of onus, have been well founded, the more uncertain the limits of the reserved domain of jurisdiction are found to be, the more precarious does Portugal's case become. The Court would, moreover, no doubt also have to consider the effect or possible effect of the new formula in Article 2, paragraph 7, of the Charter of the United Nations upon the scope of the reserved domain in modern international law. This formula, which reserves, and I quote, "matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any State" appears

to have been intended to result in a more complete and more ample reservation of domestic matters for the discretion of each individual State. Article 2, paragraph 7, has reference to the work of all organs of the United Nations and is therefore a provision which concerns the Court as well. As the Court will be aware, Professor Kelsen in his well-known work, *The Law of the United Nations*, even expresses the view that the effect of Article 2, paragraph 7, is to put the power of determining the scope of its reserved domain into the hands of the particular State concerned. We are content to leave the appreciation of all these matters to the Court itself. The only point which I want to stress now is that the supposed uncertainties in the scope of the reserved domain do not help Portugal. On the contrary, the more complete and ample formula in Article 2, paragraph 7, of the Charter is a clear indication in our submission to the Court that when a Preliminary Objection to jurisdiction has been taken and the dispute appears *prima facie* to concern matters which, in principle, are left by international law to the jurisdiction of each State, its proper course is to decline jurisdiction in the case.

With your permission, Mr. President and Members of the Court, I now propose to take up the important preliminary question which I mentioned a short while ago, namely, the criterion to be applied in the decision of this Objection. On this point there is, I am pleased to say, quite a large area of common ground between us and our learned opponents. We both accept as the most authoritative statement of the law on the point the well-known passage in the Permanent Court's Opinion on the *Nationality Decrees in Tunis and Morocco*—Series B/4, at page 25. That was a case, like the present case, where the matters in dispute, in their general nature, were matters which in principle are not regulated by international law and are left within the domestic jurisdiction of each State. The Court, having expressly stated that this was so in regard to nationality, then went on to consider whether and on what basis it was still possible for Great Britain, the plaintiff State, to show that in the particular circumstances of the case the particular matters of nationality in issue were not exclusively within the domestic jurisdiction of France. The Court ruled that the particular matters of nationality in dispute would cease to be exclusively within the jurisdiction of France, the territorial sovereign, under the following conditions—and then I quote:

“... when once it appears that the legal grounds relied on are such as to justify the provisional conclusion that they are of juridical importance for the dispute submitted to the Council, and that the question whether it is competent for one State to take certain measures is subordinated to the formation of an opinion with regard to the validity and construction of these legal grounds...”.

We and our opponents are in agreement in holding that, in order to take a matter out of domestic jurisdiction, it does not suffice merely to dress up pretended legal grounds of claim. The legal grounds presented must at least justify the provisional conclusion that they are of juridical importance for a decision of the dispute according to international law.

I rather doubt, Mr. President and Members of the Court, whether the agreement between ourselves and our opponents goes very much further than that. For they seem to us to take a view of the Court's position when applying the rule laid down in the *Nationality Decrees Opinion* which is out of line with the language of the Permanent Court and which, indeed, goes a long way towards reversing the sense of the rule.

In the first place, our opponents once again try to make out that the burden of proof rests on India, which seems to us to be in flat contradiction with the position as stated in the *Nationality Decrees Opinion*. There, as I have pointed out, the Court found that nationality is in principle a matter of domestic jurisdiction. The inevitable consequence of that finding was that Great Britain was called on to adduce legal grounds of claim of such a nature as to justify at least the provisional conclusion that they were of importance juridically for the decision of the dispute. If we must speak in terms of burden of proof, the burden was on the claimant State, Great Britain. But this is not really a question of burden of proof; it is a question of the relation between different legal rules involved in the case. The domestic character of nationality legislation being the general rule, it naturally fell to Great Britain to adduce particular legal grounds such as would justify the provisional conclusion that the general rule would not necessarily prevail in the decision of the case. Our opponents, however, finding no possible basis for their contention in the *Nationality Decrees Opinion*, thought fit to extract half a sentence from the Report of Judge Huber in the case concerning British property in the Spanish Zone of Morocco. This half-sentence, which is to be found at the bottom of page 635 of Volume 2 of *Reports of International Awards*, reads as follows:

“... à moins qu'il ne soit démontré que toute règle de droit international, conventionnel, ou coutumier, applicable en l'espèce, fait défaut, de sorte qu'aucune règle de droit ne puisse être raisonnablement invoquée”.

Mr. President and Members of the Court, we on this side share to the full the veneration which all who speak in this Court must have for the words of Judge Huber. But our submission is, his words, when considered in their full context, do not at all support the conclusion which our opponents seek to draw from them. In that case, Judge Huber was dealing with claims by Great Britain against Spain for alleged injuries to British subjects in the Spanish Zone. The diplomatic protection of nationals in respect of injuries that they may suffer in a foreign territory is, as Judge Huber emphasized in his Report, one of the most important institutions of international law. Judge Huber was, therefore, dealing with British claims which by their very nature were claims *prima facie* founded on international law; and it is in the light of that circumstance that the second half-sentence quoted from his Report has to be interpreted. Moreover, in the first half of that sentence he expressly limited his statement to the case of a claim manifestly having such a *prima facie* basis in international law. For he said: “Une contestation ainsi fondée relève nécessairement du droit international et est, partant, arbitrale, à moins que...”, and then comes the half-sentence picked out of its context by our opponents. In short, Judge Huber, when he employed the words which are relied upon by our opponents, was dealing with an entirely different case from the present. In that case the claims related to matters which are the subject of a well-known, indisputable general principle of international law. In the present case, the Portuguese claims are very far from being of that character. In short, Judge Huber's words, when understood in their true sense as used in relation to the matters upon which he was adjudicating, propound the same test as that propounded in the *Nationality Decrees Opinion*.

I repeat, Mr. President and Members of the Court, this is not really a question of burden of proof. It is a question of law for the Court and it will be for the Court to appreciate, in the light of the opposing contentions of the two Parties, whether or not it is justified in forming the provisional conclusion that the legal grounds advanced by Portugal are of juridical importance for the present dispute.

Mr. President and Members of the Court, there is a second difference which seems to exist—though I am not quite sure about it—between us and our opponents concerning the meaning of the rule in the *Nationality Decrees Opinion*. It concerns the standard which legal grounds of claim must satisfy before they can justify the provisional conclusion that they are juridically of importance for the dispute. Our opponents maintain in paragraph 95 of their Observations that the legal grounds must obviously be devoid of all pertinence and that it must be possible to assert *prima facie* that they have been presented with a view to giving to a question falling within the reserved domain the misleading appearance of an international question. This essentially negative method of defining the standard bears unmistakable evidence of our opponents' theory—in our view an ill-founded theory—that the burden is on the defendant State to prove that the matter is one exclusively within its domestic jurisdiction. May I, with his permission, suggest that a perhaps more orthodox formulation of the standard is to be found in my colleague Professor Waldock's article in the 1954 volume of the *British Year Book*, and we note that this formulation also has the approval of our opponents. In more than one passage in that article Professor Waldock formulated the standard in terms of whether the Court, on a summary view of the case, considers that the plaintiff's grounds of claim disclose any arguable cause of action under international law. By "arguable cause of action" Professor Waldock, of course, meant reasonably arguable in the opinion of the Court. Judge Huber, whom our opponents also cited, seems to have had much the same standard in mind in the *Spanish Zone of Morocco Case* when he spoke of "l'existence possible d'une règle de droit international s'opposant éventuellement à la compétence exclusive de l'État dans le territoire".

Although we think, Mr. President and Members of the Court, that our opponents' negative formulation goes rather too far in minimizing the Court's function in assessing in the preliminary proceedings the arguable character of asserted grounds of claim, I may say at once that we should not in the least shrink from applying our opponents' test to the present dispute. In our submission it is obvious that the Portuguese grounds of claim are devoid of pertinence and it is possible to assert *prima facie* that they have been presented with a view to giving the question of passage the appearance of an international question, when it is not such a question in fact.

Mr. President and Members of the Court, I have completed my remarks on all the preliminary points with which I wished to deal, and it may be convenient to the Court if I summarize now very briefly our position on these points. We reject our opponents' contention that the principle of compulsory jurisdiction under the Optional Clause must prevail unless India can establish affirmatively that the subject-matter of the dispute is left by international law within her reserved domain of domestic jurisdiction. We maintain that it is for the Court *d'office* to examine the question of jurisdiction and to satisfy itself that the

Parties have conferred jurisdiction on it for the particular case. We also maintain that, in so far as there is any burden of proof, it necessarily lies upon the State which files the Application. For the Court cannot entertain the Application unless it has a sufficient basis for holding that both Parties have conferred jurisdiction on it for the particular case. We further maintain that there is no sufficient basis for the Court to entertain the Application unless, on a summary view of the case, the legal grounds of claim justify the provisional conclusion that they are juridically of importance for the dispute. When, therefore, an objection to jurisdiction is raised, it is bound, in our submission, to succeed unless a summary view of the case at the end of the arguments on the Preliminary Objection justifies the provisional conclusion that there is a cause of action under international law which is reasonably arguable in the opinion of the Court. This "provisional conclusion" is, of course, provisional only in the sense that it reserves altogether the Court's freedom of decision on every part of the case on the merits. The Court's conclusion will not be provisional but definitive on the question whether or not a sufficient basis exists for its jurisdiction. If therefore at the end of the preliminary proceedings a reasonably arguable cause of action under international law does not appear to have been shown, the objecting Party is entitled to a definitive decision from the Court recognizing that fact and rejecting the Application.

Having, I hope, cleared the ground a little, Mr. President and Members of the Court, I would like now to examine the subject-matter and the legal nature of the present dispute, which are, and must be, the critical considerations for the decision of any Objection founded on the domestic character of the matters in issue. The great difficulty which confronts our opponents in the Fifth Objection is that the subject-matter of their claim—passage over another State's land territory—is incontestably one which, in principle, is left by international law to the exclusive control and jurisdiction of each State. I really do not think that I am speaking too strongly when I say that this point is incontestable. I have looked carefully through our opponents' Memorial and Observations and I have not found that they have anywhere attempted directly to contest the point. Their tactics have been rather to try by somewhat devious routes to slip round this embarrassing obstacle in their path.

In paragraphs 103 and 104 of their Observations our opponents seek, if they will allow me to say so, with great skill to prepare the ground for their evasive movement round the obstacle. We are informed in those paragraphs that, in order to ascertain whether or not the matter in dispute falls exclusively within the domestic jurisdiction of India, its subject must be determined with great care and that any inaccuracy or lack of precision in its presentation may easily become a source of error. We are then told that it is from the aspect in which the matter is presented in the dispute of which it is the subject and not in a general and abstract way that it must be considered. The implication is, no doubt, that India's presentation of the case is characterized by inaccuracy and lack of precision and is only general and abstract. Our opponents, however, then set out to demonstrate, as I understand them, what they mean by an accurate presentation of the subject in a non-general and non-abstract way. They do this by contrasting the treatment of nationality by the Permanent Court in the *Nationality Decrees Opinion* and by the present Court in the *Nottebohm Case*. In the Permanent Court's Opinion,

“questions of nationality” were said to be in principle within domestic jurisdiction and again a matter “like that of nationality” was said, in principle, not to be regulated by international law. But, say our opponents, the statement that “questions of nationality” in principle come within the reserved domain can no longer be maintained, in view of the present Court’s decision in the *Nottebohm Case*. In this case, say our opponents, the Court confined the domestic character of nationality questions to questions of the acquisition of nationality and of its effects *vis-à-vis* the State with which the person who benefits thereby is connected. The Court, they say, found that questions of nationality assume a quite different character when what is in issue is the effects of nationality in regard to other States; then they are subject to international law, and it is no longer permissible to say that “questions of nationality” come in principle within the domain of domestic jurisdiction.

Of course, Mr. President and Members of the Court, we are in general agreement with the point made by our opponents that the *Nottebohm Case* showed that nationality for the purpose of the laws concerning diplomatic protection of nationals is an exception to the principle that “questions of nationality” are in principle within the reserved domain. The way in which I have just stated the point gives, I suggest, a rather more accurate account of the Court’s attitude than that given by our opponents. For the Court in the *Nottebohm Case* did in fact refer—the reference is on page 20 of the 1955 *Reports*—to the, I quote: “wider concept that nationality is within the domestic jurisdiction of the State” without any suggestion of disapproval. Instead of stating, as our opponents do, that it is no longer permissible to say that questions of nationality come, in principle, exclusively within domestic jurisdiction, it seems more accurate to state that questions of nationality are, in principle, exclusively within domestic jurisdiction but that this rule does not hold good in the sphere of diplomatic protection of nationals.

But, Mr. President and Members of the Court, where does this elaborate *excursus* of our opponents on nationality take us in the present case? I submit, absolutely nowhere. It is an illustration—a very good illustration, no doubt—of the famous dictum of the Permanent Court in the *Nationality Decrees Opinion* that the question whether a certain matter is or is not within the jurisdiction of a State is an essentially relative question. It tells us nothing, however, of the domestic or non-domestic character of the particular matters which are the subject of the present dispute.

After their digression on the subject of nationality, our opponents proceed roundly to accuse us of having placed the discussion of the dispute on an entirely false basis through a fundamental distortion of the Portuguese Application. I cannot help wondering, Mr. President and Members of the Court, whether the reason and purpose of this accusation is to be found in the fact that in the succeeding paragraphs of their Observations our opponents were intending to effect a radical transformation of the claim which they had put forward in their Application and Memorial. At any rate, if there was any distortion of the subject of the Application in our Pleading, the blame cannot be laid at our door. It must be our excuse that we could only base ourselves on the actual presentation of the Portuguese claim in the Application and in the Memorial and that we could scarcely be expected to divine the secret thinking of the Portuguese Government which it only revealed in its Observations.

Mr. President and Members of the Court, you will not, I think, have failed to notice the transformation in the statement of the Portuguese claim to which I am now referring. In the Application and Memorial we were faced with a straightforward claim to an unqualified right of passage across Indian territory between Daman and the enclaves. Now we are faced with a different claim to a qualified right of passage—an alleged international right of transit without immunity from India's jurisdiction. The fact that Portugal's advisers thought it necessary to make this change in the presentation of her claim is significant. The inference which I invite the Court to draw is that our adversaries upon further consideration realized that in its original presentation, their claim was not reasonably arguable under international law and they accordingly decided to substitute another.

We submit, Mr. President and Members of the Court, that their new grounds of contention are no more cogent than their former grounds. Certainly, there is nothing in the new formulation of the Portuguese claim to lessen the force of our Fifth Objection or to alter in any way its essential basis. The substance of our Objection remains the same, and we ask the Court to treat our Fifth Objection as applying equally to the new Portuguese claim.

Now let us turn to the new point in the Portuguese claim—the surrender of any claim to immunity from India's jurisdiction. We rather suspect, Mr. President and Members of the Court, that our opponents' decision to cut down their claim to a right of transit with no immunity was inspired by two considerations. As soon as they saw the statement of facts in our Pleading and the evidence in its Annex, they recognized that any claim to a right of transit with immunity could have no conceivable chance of success. For it would be flatly contradicted on almost every page of the evidence, especially in connection with fiscal matters. So they amended the claim. I shall seek to show at a later stage that their new claim is still contradicted by the evidence. At the moment, my only further comment is that such a change of claim in face of the evidence scarcely creates confidence in the genuineness of the Portuguese grounds of claim under international law.

The other consideration which may have led to this change of front on the part of our opponents may have been their desire to rid themselves of an embarrassingly heavy load of legal authority to the effect that in international law servitudes and rights akin to servitudes can only arise by the express grant or specific consent of the territorial sovereign. Members of the Court will recall that some of these authorities were cited in our Pleading—the paragraph numbers are 164-168. At any rate, the Portuguese treatment of the question of immunity in paragraphs 106-121 of the Observations was clearly directed to trying to weaken the effect of these authorities. I should like to make some observations with regard to the Portuguese contentions in these paragraphs.

We on our side, Mr. President and Members of the Court, had cited a brief passage from Judge Huber in the *Island of Palmas Case* and another from Chief Justice Marshall in the *Schooner Exchange* by way of authority for the proposition that the exclusive competence of a State within its own territory, although it has exceptions, is one of the primary principles of international law. We had then cited passages from general treatises, specialist studies and from decisions of international tribunals as authority for the proposition that in international law servitudes and

analogous rights, including rights of passage, can only be established by proof of the express grant or specific consent of the territorial sovereign. Our opponents now say, in effect, that the whole of that argument in our Pleading was misconceived because they do not ask for any immunity from India's jurisdiction and have no wish to claim any portion of India's sovereignty. The passage in the Observations runs as follows, and I quote:

“The Portuguese Government in no way contests that the Government of India alone is competent to exercise the attributes of sovereignty over its territory.”

Pausing there for a moment, Mr. President and Members of the Court, I think we are entitled to take formal note of the fact that India's exclusive competence in her territory between Daman and the enclaves is not in any way contested by Portugal. This involves, in my submission, that Portugal recognizes that, in principle, all movement of goods and persons within that territory is a matter exclusively within India's jurisdiction.

What exactly is this new Portuguese claim, Mr. President and Members of the Court? In essence, it is still a claim to the right to send across Indian territory from Daman to the enclaves and *vice versa* goods and persons, including Portuguese administrative officials, police and armed forces. That much we are told about it. And we are told that Portugal does not claim any right of access to Indian territory for these goods and persons nor any immunity from Indian jurisdiction. Just a right of transit. But there are many other things that we are not told about it.

For example, we are not told whether there is any limit on the quantity or kinds of goods that may be sent to and fro across Indian territory. We are not told whether goods includes ammunition and other war material. We are not told whether there is any limit on the number of persons that may pass at any one time nor how many police. We are not told what bodies of troops may pass at any one time nor whether they are limited to side arms or may take artillery with them or tanks and armoured cars. We are not told whether advance notice has to be given and, if so, how much and in general when these supposed rights of passage may be exercised. We are not told whether the right applies when India is at war or is neutral in a war. In short, we are told virtually nothing about the modalities, conditions or limits of this alleged international right of transit.

Yet points of the kind that I have mentioned are important, Mr. President and Members of the Court. Is India to be asked to submit to such a wholly undefined transit across her territory? If the Government of any State—if the Portuguese Government were asked to grant such a right of transit, I know very well what the answer would be and it might not be couched in wholly courteous language. Have we not, therefore, every justification for our submission that such a tenuous and uncertain right as the Portuguese claim is wholly unsupportable in international law? Could such a right be recognized as having any possible existence in law? We submit we are right in viewing the Portuguese claim as not justiciable in any sense on a legal basis and as asking essentially for a decision *ex aequo et bono*.

[Public hearing of 26 September 1957, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, when the Court rose this morning, I was inviting the Court to consider the very uncertain and illusive character of the rights of transit now claimed by the Portuguese Government, they having abandoned all claim to immunity in respect of those rights. I desire to continue my argument with a further quotation from the Observations of the Portuguese Government, and the quotation that I would like to make reads as follows:

“What it”, that is to say, the Portuguese Government, “does claim is that, in the exercise of that sovereignty, India must refrain from preventing necessary communications between the enclaves and between them and Daman. What it does claim is that, from that point of view and within those limits, the jurisdiction of India is not a discretionary jurisdiction but a tied jurisdiction, that is to say, subject to international obligations.”

And in later passages, Mr. President and Members of the Court, Portugal stresses that she claims no immunity from India's jurisdiction—that she is not asking for any slice of India's sovereignty.

This international right of transit without immunity seems to us, Mr. President and Members of the Court, to be a rather incredible international right, especially when it is said to exist as a general principle of law and a general rule of customary law. We are a little curious as to exactly how it is to operate in practice. Portuguese officials are said to have this right without immunity. Is their baggage subject to search? Are their official papers, for example papers disclosing attempts they may have made to obtain evidence for use in the present case, to be subject to investigation and, if necessary, detention? Again, Portuguese armed forces are said to have this right of transit without immunity. Are their official orders to be subject to inspection? Are their baggage and military supplies to be subject to India's customs? If one soldier strikes a comrade in a brawl en route, is India to have jurisdiction? I need not remind the Court what a delicate subject for the territorial sovereign is the legal status of foreign troops, even the troops of an ally, on its territory. In practice the matter is always regulated by express agreement.

Another practical point that naturally comes to mind is customs and other fiscal duties. For goods also, only a bare right of transit is claimed. Although they are merely to be in brief passage across Indian territory, under this somewhat remarkable international right of transit, they are to be fully subject to Indian import and—I can only suppose—export duties. Can anyone really accuse us of being unreasonable, Mr. President and Members of the Court, when we say that we do not think this to be a very credible form of international right—under general principles of law or under customary law? After all, Professor Bourquin himself, whose presence amongst us, even though on the wrong side of the table, we are all so glad to welcome, lends us the support of his very great authority in this regard. For in his lectures to the Hague Academy in 1924 on *L'organisation internationale des voies de communication*, after mentioning the exemption from taxes provided for in Article 3 of the Barcelona Convention on Freedom of Transit, he commented as follows:

“C’est l’adaptation aux transports en transit d’une règle que nous connaissons pour l’avoir vu naître et se développer dans le cadre du droit fluvial: celle de la limitation des pouvoirs de l’État en matière de taxe, adjuvant précieux, parfois même indispensable, de la liberté des communications.”

If I may respectfully say so, it surely must be the case that a bare right of transit, without the right to stop or break bulk, should be accompanied by fiscal immunity under appropriate safeguards against abuse.

In our submission, therefore, Mr. President and Members of the Court, the international right of transit without immunity claimed by Portugal is intrinsically a very improbable kind of international right to find in general international law and, as I shall seek to show later, there is no trace of such a right in international practice. What one does find sometimes is a special right of transit with some measure of immunity, the right being established by express agreement, and the limits, conditions and modalities of the transit being defined in that agreement and in supplementary administrative arrangements. Portugal’s alleged international right, however, is one which *prima facie* it is difficult to regard as being recognizable in terms of international legal principle; and it would need, we submit, to be based on the clearest legal grounds and to have the support of the clearest authority before it could be regarded as in any way “reasonably arguable”.

So much, Mr. President, by way of general comment on the new Portuguese claim. Now I propose to examine its legal aspects rather more closely.

Our opponents recognize, as I have said, that India, in principle, has an exclusive competence in regard to the Indian territory over which they claim their alleged right of transit. Therefore (and here I am taking my words from Judge Huber in the *Islands of Palmas Case*), the principle of India’s exclusive competence in regard to her own territory must be *the point of departure for settling the question* before the Court. That much is common ground between us. Our opponents, however, contend that with respect to the particular question of transit India’s territorial competence is not an exclusive, discretionary, jurisdiction, but a tied jurisdiction, subject to international obligations. And they point to the Permanent Court’s decision in the *Wimbledon Case*—Series A, No. 1—as support for their concept of a jurisdiction *tied* and *subject to international obligations* but without any *abandonment* of sovereignty. Naturally, we all recognize the authority and wisdom of the Permanent Court’s dictum that a State, in concluding a treaty by which it undertakes international obligations, does not thereby make an abandonment of its sovereignty. But how does that help our opponents to show that they have an arguable cause of action in the present case? No one disputes that an originally exclusive competence can become tied *pro tanto* by a State having undertaken particular treaty obligations or that those particular treaty matters then cease to be matters of domestic jurisdiction. That was clearly recognized not only in the *Wimbledon Case* but also in the relative theory of domestic jurisdiction enunciated in the *Nationality Decrees Opinion*. But it still remains for our opponents to satisfy the Court in the present case that independently of treaty there is some reasonably arguable ground under international law for

holding that India is subject to a legal obligation *vis-à-vis* Portugal with respect to transit between Daman and the enclaves. Then, no doubt, India's exclusive territorial competence would be "tied" in the way suggested by our opponents.

The *Wimbledon Case* does not, in our submission, help our opponents at all. Quite the contrary. The Court knows the case and there is no need for me to go into details. In that case, the right of transit in question—through the Kiel Canal—was an express treaty right of which the condition and limits were specifically in the treaty. The case both illustrates and supports what we submit is the true position in regard to rights of transit—that apart from the rights of innocent passage in territorial seas and in the maritime parts of international rivers, international rights of transit can only arise from the express agreement of the territorial sovereign. We ourselves cited the case in paragraph 168 of our Pleading. Our opponents, however, have picked on the dictum about treaty obligations not constituting an abandonment of sovereignty, in order to shield the Portuguese claim from the destructive impact of the authorities denying that international servitudes can be established otherwise than by express agreement. They cited the dictum not as support for their claim, but in order to prevent it from being ruled out *in limine* on the basis of those authorities, as unarguable. According to our opponents, international servitudes, as envisaged by those authorities, all involve an abandonment of part of the servient State's sovereignty. Their argument then proceeds to the effect that the *Wimbledon Case*—a case of transit—laid down that the acceptance of an international obligation does not in itself constitute a surrender of sovereignty. Therefore, as they contend, an obligation on the part of India to allow transit without immunity would not involve an abandonment of sovereignty. There is thus, so they reason, no question of any servitude or of the application to the present case of the authorities cited in paragraphs 163 to 168 of our Pleading. These are, if I rightly understand them, the steps in their argument founded on the dictum in the *Wimbledon Case*.

The flaw of this reasoning, in my submission, Mr. President and Members of the Court, is that the Permanent Court was considering abandonment of sovereignty from a quite different point of view from that of our opponents. It was concerned simply to repudiate the idea that there may be certain imprescriptible sacred rights of sovereignty in regard to which a State cannot be legally bound even by its express undertaking in a treaty. But it does not follow, we submit, because the Court in the *Wimbledon Case* negatived the possible existence of rights so deeply rooted in the concept of sovereignty, that they cannot be alienated by a treaty in clear terms, that what in a sense is the converse is true, namely, that there do exist rights of passage over territory subject to which the State, sovereign of that territory, must exercise its sovereignty. In each case the inquiry still remains whether or not the rights asserted exist, and as to this question, the *Wimbledon Case* affords no answer except that a sovereign State may by express treaty grant such rights without impairing its essential sovereignty. The Indian Government maintains that rights of passage over sovereign territory (except of course in the case of territorial waters and the maritime parts of international rivers) can only arise by treaty or by express grant or by consent of the sovereign Power. That the Court's dictum

about abandonment of sovereignty had an entirely different orientation from that given to it by our opponents is, we submit, very clear. Indeed, under the Versailles Treaty some immunities were attached to transit through the Kiel Canal; so that it was actually with reference to a right of transit with—not without—immunity that the dictum was pronounced.

I submit, with all respect to my distinguished opponents opposite, that the judgment in the *Wimbledon Case* does not favour their theory. In the passage which we cited in paragraph 168 of our Pleading, the Court having set aside from its consideration the question of international servitudes as being controversial, said:

“Whether the German Government is bound by virtue of a servitude or by virtue of a contractual obligation ... *the fact remains that Germany has to submit to an important limitation of the exercise of the sovereign rights which no one disputes that she possesses over the Kiel Canal.*”

In other words, the Court considered that the question of servitude or no servitude was of secondary—ven academic—interest and that the legally significant point was the subjection of Germany to *an important limitation of the exercise of her sovereignty*. Furthermore, two very distinguished Members of the Court, Judges Huber and Anzilotti, in a joint dissenting Opinion, went so far as to hold that, in interpreting the treaty, it was proper to regard Germany's sovereign right to protect her neutrality as having preference over the transit right secured to other States by the treaty. If the majority of the Court reached a different decision as to the effect of the treaty, it was only because they held the text of the treaty to be clear and conclusive as to the absolute character of the right of transit granted by it.

Mr. President and Members of the Court, whether Portugal's claim is to a right of transit with, or without, immunity, it cannot possibly be denied that, if India must submit to that claim it constitutes, if I may use the words quoted, “an important limitation of the exercise of the sovereign rights” which no one—not even Portugal—disputes that she possesses over the Indian territory between Daman and the enclaves. The *Wimbledon Case*, in our submission, provides not the slightest basis for the Portuguese contention that a right of transit without immunity is altogether outside the rule that in international law rights akin to servitudes can only be based on the express consent of the territorial sovereign. The true rationale of that rule clearly is that, the right claimed being an important limitation of the exercise of the sovereign rights of the territorial Power, it cannot be established without proof of the express consent of the territorial Power.

Nor is there any ground for saying that the other authorities cited in paragraphs 163-168 of India's Pleading had any other conception of the rationale of the rule than the one which I have just given. Portugal dismisses all these authorities in paragraph III of her Observations in a summary fashion without really attempting to meet our contentions. I need not, therefore, repeat now what was said in our Pleading about them. I do, however, propose to expand a little our account of the Permanent Court's Opinion on *Railway Traffic between Lithuania and Poland*, in view of Portugal's assertion that the Opinion has no bearing on the problems in the present case.

In the *Railway Traffic Case*, Mr. President and Members of the Court, Poland had requested the right of railway transit over Lithuanian territory with a view to linking the Polish railway system to the Esthonian railway system. She was in a position then to invoke the benefit of a conventional rule which is not now in force, namely, the rule in Article 23 of the Covenant. That rule purported to put Members of the League of Nations under an obligation to make provision to secure and maintain freedom of communications and transit. Despite this express treaty obligation, the Court did not hold Lithuania bound to permit railway traffic over her territory. It considered that Article 23 of the Covenant was only a general invitation to Member States and not an obligation upon them to grant the right of transit. For there to be an obligation to permit transit, there would have had to be a specific agreement laying the obligation on the territorial sovereign. This opinion, in our submission, not only has a bearing on the problem in the present case but strongly reinforces our view that rights of transit over land are a matter of particular agreement, not of general international law.

I now propose, Mr. President and Members of the Court, to summarize our position very briefly on this part of our case as I have developed it so far. And I shall make my summary in the form of the following submissions:

First, in principle, the passage of persons and goods over Indian territory between Daman and the enclaves is a question which, by international law, falls within the exclusive competence of India.

Second, it is therefore for Portugal to show legal grounds of claim which would place a limitation on India's exercise of her exclusive competence with respect to such transit and which are reasonably arguable under international law.

Third, whether the Portuguese claim is regarded as being with or without immunity and whether it is regarded as a servitude or not a servitude, it can only be a reasonably arguable cause of action under international law if it is based on the express grant or specific consent of the territorial sovereign.

Fourth, since the facts presented to the Court in the Pleadings of the Parties show no such express grant or specific consent of the territorial sovereign as could place a limitation on the exercise of India's exclusive competence, the Fifth Objection should forthwith be sustained without entering into the other arguments raised by the Parties.

These submissions, as the Court will appreciate, are made with special reference to the principle enunciated by the authorities cited in paragraphs 163-168 of our Pleading. If that principle is accepted by the Court as applicable in the circumstances of the present case, there is, we submit, an end of any possibility of the Portuguese claim being reasonably arguable and the Court need go no further. In the remainder of my argument, I shall examine the Portuguese legal grounds of claim individually, for the purpose of showing that not one of them can be regarded as disclosing a cause of action reasonably arguable under international law.

The point of departure for examining from the point of view of their arguable character the individual grounds of claim is still, of course, the same, namely, the proposition that, in principle, India has an

exclusive competence in the Indian territory between Daman and the enclaves. What then are the legal grounds put forward by Portugal as limiting India's freedom to exercise the sovereign rights undoubtedly possessed by her in virtue of this exclusive competence? They were said in the Application and Memorial to be treaty, custom and general principles of law and were put forward in that order—the same descending order as that in which those three sources of international obligation appear in Article 36 of the Statute. Nor is it without interest that while in the Application and Memorial the emphasis was placed on treaty and custom, general and particular custom, the emphasis has noticeably shifted in the Observations to general principles of law. Can it be, Mr. President and Members of the Court, that after seeing the statement of facts and evidence in our Pleading our opponents realized that treaty and custom might not be thought to be reasonably arguable on the facts of the case? At any rate, as we have said already, they made no attempt to controvert our facts and evidence and, instead, tried to construct a more imposing edifice based on general principles of law. I shall later have more to say about these alleged general principles of law. My only comment now, Mr. President and Members of the Court, when a State begins on the basis of treaty and custom and then shifts from treaty and custom to general principles of law, is that that in itself is an indication that it feels considerable and understandable uncertainty about its own case.

At the present stage of the proceedings the Court is only concerned with the merits of the Portuguese grounds of claim to the extent that it may be necessary in order to reach a conclusion as to whether those grounds are reasonably arguable under international law. Essentially, therefore, the Court's inquiries at this stage will necessarily be directed to the legal elements of the Portuguese grounds of claim and a full and close investigation of the facts is, in principle, not a matter to be undertaken now. Nevertheless, Mr. President and Members of the Court, the present case, like most cases, has a basis in fact, and it is in relation to these facts that the question whether the legal grounds of claim are reasonably arguable has to be considered. Accordingly, it is necessary for me to put before the Court a brief statement of the relevant facts as they appear from the Pleadings and evidence up to date. In this connection, I ask the Court to recall what I said at the beginning of my argument on this Objection about Portugal having chosen deliberately not to make good the gaps in her own statements of the facts and to leave the statements of facts before the Court at this stage in the condition in which they appear in the Memorial and in India's Fifth Objection. If the submission which I have previously made on this point commends itself to the Court, for the purpose of the decision of the present Objection, the facts must, I respectfully submit, be taken to be those which appear to be established in the written Pleadings up to date. It is on this basis that I shall now proceed to give an outline of what, in my submission, are the relevant facts.

Mr. President and Members of the Court, as the Court knows, it is the contention of the Indian Government that its evidentiary case is overwhelming to establish that such passage as was afforded to the Portuguese from 1783, or at any rate from 1819 onwards, was of a purely permissive character, by way of grace and favour only, and that at no time did the Portuguese purport to claim any right in law to

exercise rights of passage between Daman and the enclaves. Upon this view of the facts, as the Court knows, the submission of the Indian Government is that the conclusion is inescapable—that the matters in issue before the Court are matters appertaining solely to the domestic jurisdiction of India.

In summary outline, the facts demonstrate beyond controversy that no right of way was accorded by the 1779 Treaty and the governmental acts which followed it, but merely revenue rights in Saranjam tenure, revocable at will. The British authorities from 1818 onwards made it clear that they did not even recognize these rights, and this attitude on the part of the British was acquiesced in by the Portuguese. The situation which resulted was far from clear, but what is clear is that even if the British authorities recognized some sovereignty as vested in Portugal over the actual territories of the enclaves themselves, they most certainly did not recognize any specific rights of passage between the enclaves and Daman as having been awarded by the Treaty or as existing independently of it.

From 1819 to 1878, when the Treaty of Commerce and Extradition was entered into, it is demonstrated in paragraphs 91 to 108 of the Preliminary Objection that the British conceived that they were fully entitled not merely to exact duties in respect of the passage of goods, but to give and withhold their consent and to prescribe the conditions under which persons, armed or unarmed, were to be allowed to move between Daman and the enclaves. Equally clearly is it demonstrated that these rights claimed by the British were recognized as being validly claimed by the Portuguese and were in no single instance contested. From 1878 to 1891 the situation was in all respects wholly controlled by the provisions of the Treaty of 1878. This Treaty in terms forbade passage of armed forces over British Indian territory. It regulated completely the passage of goods. In Article 2 it expressly conferred the right of private nationals of each of the Parties to the Treaty, namely, the Portuguese and British Governments, to enter into and travel in the Indian dominions of the other, no reference whatever being made to any particular rights of way between Daman and the enclaves. In other words, it equated in the fullest sense such rights as were conferred on private individuals to travel between Daman and the enclaves with the exactly identical rights which were conferred upon them to travel and indeed reside anywhere in British India. All such rights as were conferred by Article 2 of the Treaty were treated as being exactly on the same footing all over India.

This Treaty came to an end in 1891 and was not renewed. From that time on, the situation was broadly as it had been up to 1878, namely that the British Government claimed, and was regarded by the Portuguese as entitled in the fullest manner, to prescribe conditions regulating in every possible sense, and even prohibiting, passage between Daman and the enclaves, whether of goods or persons, armed or unarmed. The carriage of firearms had at all times been specifically controlled under the provision of the Indian Arms Act, 1878.

In face of this array of fact, what is the answer which is offered by the Portuguese in their Observations? They do not seek in any sense to controvert the facts as so stated; but they seek in paragraph 118 of their Observations to explain the facts above referred to as referable to a right of control on the part of the British and Indian authorities which

is consistent in their contention with the existence of rights of passage recognizable in law. I have already submitted that it is very difficult to conceive of any rights of passage subject to such complete and absolute control as the Portuguese recognize that the British and Indian authorities were entitled to exercise over them. A right of passage, subject to the uninhibited discretion of some other persons, dwindles, it is respectfully submitted, to something so tenuous that the law cannot recognize it. It is the mere phantom of a right if it has any existence at all. But independently of this consideration, I would offer another criticism of the Portuguese contention, namely that the evidence discloses that not merely did the British and Indian authorities claim to control in the fullest sense these supposed rights, but they actually on occasion claimed the right and were recognized as possessing the right to forbid passage altogether.

I will, in a moment, refer the Court to the evidentiary support for this assertion which I have just made; but before doing so, I submit that it cannot possibly be gainsaid that a right of passage, subject to be revoked in whole or in part at any time by somebody else, is not a right in any sense which can be recognized in law. The evidentiary support for my assertion is the following: if the Court would be so good as to refer to paragraph 91 of the Preliminary Objection, there is there set out the first incident relevant in this connection between the British and Portuguese authorities. This arose out of a Portuguese claim in 1818 that products of Nagar-Aveli exported to Daman should be allowed to cross the intervening territory free of customs duties. In refusing to recognize any such right (although they did later agree to grant a concession), the British authorities entirely declined to recognize as binding upon them any grant made by the Marathas to the Portuguese and treated this question of customs duties as one entirely within their discretion to be decided with reference only to local expediency. The question of customs duties was raised by the Portuguese on various occasions after this throughout the period that we are concerned with, the latest instance, mentioned in paragraph 137 of the Preliminary Objection, being in 1948. The British authorities, and latterly the Indian authorities, invariably adopted the same attitude. Although concessions were at times granted, at other times these concessions were revoked, and the matter was always treated as being a subject for the exercise of the unfettered discretion of the British or Indian authorities. An even more striking incident is that concerning the export into British territory of salt manufactured in Daman. The Court will find reference to this in paragraph 117 of the Preliminary Objection. In order to protect their salt revenue, the Government of India prohibited entirely in 1895 the importation overland of Daman salt into British India which, of course, naturally included importation into Dadra and Nagar-Aveli. In spite of requests from the Portuguese, this embargo was never removed by the British authorities. Although obviously disliking the embargo, the Portuguese authorities never asserted that it infringed any right possessed by them. A similar embargo was placed by the British authorities on the export of dates from British India, including dates from Daman, into Nagar-Aveli (see paragraph 119 of the Preliminary Objection). This embargo was imposed in 1912, because of the use of dates for distillation in Nagar-Aveli. In this case again, no complaint was ever made by the Portuguese of the infringement of any right, although the distillation of liquor from these

dates and its illicit sale in British India represented an important source of revenue for the Portuguese.

In paragraph 122 and the following paragraphs of the Preliminary Objection, there are set out a number of incidents which, as I submit, make it absolutely clear that the British Government always exercised, and the Portuguese recognized their right to exercise, complete control over the passage of armed men through British territory. Thus, in 1901, when the Portuguese asked the Government of Bombay for urgent permission to send a military detachment by land from Bombay to Daman, the answer of the Government of Bombay was that this could not be allowed until the permission of the British authorities had been obtained. When the permission was in fact given, the Portuguese acknowledged it—and I quote—as a “prompt and kind concession”. In 1912, after permission had again been given in a similar case, the Governor-General of Portuguese India thanked the Government of Bombay, and I quote again, “for having graciously allowed the passage of Portuguese armed forces in the British territories”. In 1916 the Portuguese Consul-General in Bombay himself told the Portuguese Governor of Diu that Portuguese soldiers should never be allowed to cross British territory until the “indispensable authorization” had been received.

Similar control was exercised over the despatch of arms and ammunition through British territory. Under the Indian Arms Act and Rules, no arms, ammunition or military stores could be sent between Daman and Nagar-Aveli without the special dispensation of the Government of India. In paragraph 129 of the Preliminary Objection will be found examples of the recognition by the Portuguese authorities of the full right of the British authorities to require compliance by the Portuguese with the Arms Rules and of expressions of gratitude on the part of the Portuguese for such indulgence as the British authorities chose to allow from time to time. When the Portuguese wished to send arms from Daman to Nagar-Aveli, they first applied to the Government of Bombay for permission, and the Government of Bombay had themselves to enquire from the Government of India whether that permission should be granted or not.

Mr. President and Members of the Court, the submission of the Indian Government is that even if there did not exist these instances of a complete prohibition by the British and Indian authorities, it would be impossible to explain the exaction of customs duty and the other limitations imposed upon passage between Daman and the enclaves as mere modalities. If the word modality is used in a sense wide enough to include such control, it is really being expanded until it is as wide as the Indian Ocean. But even if it can be so expanded, the theory of modality cannot possibly account for the instances of complete and absolute prohibition to which I have called attention.

I submit, therefore, that there can be no conceivable controversy as to the effect of the evidence so far before the Court. The effect of that evidence is that such user of passage as was allowed between Daman and the enclaves and the enclaves themselves was at all times of a purely permissive character, subject to the complete discretion of the British and Indian authorities.

Indeed, as the Attorney-General of India reminded the Court in his opening address, this was in effect recognized by the Portuguese Delegate to the Barcelona Conference on Communications and Transit in 1921.

May I quote in support of this assertion part of the letter dated April 8th, 1921 from the Portuguese Delegate to the Indian Delegate, which, appears as Annex C, No. 89, to the Indian Preliminary Objection, and, Mr. President, I would like to quote an extract from the letter which reads as follows:

“As I have told you, my Government desires to arrive at a fair arrangement regarding some difficulties in India where it will be very difficult to apply the Convention we are discussing at Barcelona:

- A. Transit: Damao—Nagar-Aveli. An arrangement that will be most convenient for this transit that, owing to some difficulties arising out of the salt trade, could be made on such basis as would be negotiated between the two local Governments.
- B. As the salt question is difficult to settle, it would be wiser not to include this product in the transit arrangement.”

This is the end of the quotation from the letter.

Mr. President and Members of the Court, before I embarked upon my short analysis of what I conceive to be the relevant facts in this case, I intimated that I proposed individually to examine the legal grounds upon which the Portuguese Government bases its claim. As I reminded the Court, the Portuguese case is based in the first place on treaty; in the second place on custom, whether local or general; and in the third place on what are compendiously described as general principles of law.

In view of the analysis of fact upon which I have ventured, my respectful submission to the Court is (and I must apologize if here I repeat myself) that it is just not possible for the Portuguese to maintain that this case, or this Preliminary Objection, should be decided upon any other footing than that, although the Portuguese were accorded facilities of passage for their nationals and their goods, those facilities were sporadic, and accorded as a matter only of grace and favour, subject to the paramount discretion of the British and Indian authorities. These authorities, as the Portuguese readily recognized, were entitled not only to dictate the conditions subject to which these facilities were to be enjoyed, but could, if they had a mind to do so, and did in fact from time to time, terminate them altogether. This then surely must be the end of the Portuguese case on local custom, and on that head of the case, my respectful submission is that there is nothing further whatever that the Court could be called upon to investigate in a hearing on the merits. As to general custom, the Portuguese Observations contain a study by Professor Bauer on the subject of enclaves, and the rights of passage appurtenant to them. The Indian Government submits that Professor Bauer's study, together with the Annexes to it, in the form of communications from the various countries which possess enclaves, demonstrate beyond peradventure that in general, and indeed in the great majority of cases, such rights of passage as were enjoyed for the purpose of access to the enclaves depended upon treaty and upon no other basis. Moreover, the evidence cited by Professor Bauer shows that in modern times the tendency has been for treaties to define with increasing precision the rights of passage intended to be enjoyed in relation to enclaved territories. If this is a fair statement of the effect of Professor Bauer's research, I submit that there is equally an end

of the Portuguese case in so far as it is founded upon general custom based upon usage with regard to enclaves.

There remain, then, the contentions based on treaty and upon general principles of international law. I can, I think, shortly deal with the contention founded upon treaty if, indeed, this is a contention still relied upon by our adversaries. I submit that the facts demonstrate, as I ventured to indicate in my analysis of the pertinent facts, that whatever rights were accorded by the 1779 Treaty between the Portuguese and the Maratha kings, such rights were not recognized in any sense by the British authorities from 1818 onwards, and the Portuguese made no attempt to assert them, clearly acquiescing in their repudiation by the British. I, however, as the Court will remember, dispute, at the outset, that the Treaty in fact granted any rights of passage to the Portuguese. I hope the Court will excuse me if I repeat that it is the view of the Indian Government that the Treaty, and the subsequent Sanads designed to give effect to the Treaty, granted no more than limited rights of a revenue character to be enjoyed in Saranjam tenure, a tenure which permits the grantor to revoke his grant of the rights at his pleasure. Whilst it can no doubt be said to be the case that the Portuguese in course of time acquired something in the nature of sovereignty over the territory of the enclaves, this did not depend upon the Treaty, but, to the extent that sovereignty was in fact acquired, is attributable to long *de facto* occupation by the Portuguese.

There remains, then, finally the Portuguese contention founded upon general principles of law. My distinguished leader, the Attorney-General of India, intimated in the course of his speech to the Court that Professor Guggenheim would address the Court on one aspect of India's case on Objection No. 5. Professor Guggenheim has prepared, and with your permission, Mr. President, will in due course address to the Court a study which he has made of the principles of law affecting rights of passage existing independently of treaty. I would not venture to trespass on the ground which will be covered in his address by Professor Guggenheim. I feel sure, however, he will permit me to indicate in advance to the Court the result of his research. Professor Guggenheim is of the clearest opinion that independently of treaty, or express grant by the sovereign Power, the law of nations does not recognize rights of passage binding upon sovereign States except in two well-known classes of case, namely, rights of passage for shipping in territorial waters, and rights of passage along the maritime parts of international rivers. It is my respectful submission that if, as I hope, the Court finds that Professor Guggenheim's conclusions are well founded, the only remaining contention advanced by the Portuguese Government based on general principles of law is utterly invalidated.

[Public hearing of 27 September 1957, morning]

Mr. President and Members of the Court, when the Court rose yesterday I had just indicated that Professor Guggenheim was going to follow, with the permission of the Court, the observations that I am at present addressing to the Court with some further observations of his own on the question of international law.

In the meantime, however, I would venture to add some observations on a further aspect of the argument based on general principles of law,

which I think I may fairly say makes its first appearance, at any rate in detail, in the Portuguese Observations. It is the argument advanced by our adversaries as a result of the study made by Professor Rheinstejn which appears in the Annexes to the Portuguese Observations. Professor Rheinstejn's conclusion, as formulated in his Report, is that, inasmuch as in the case of 59 out of 61 systems of domestic law which he has examined, there appears in one form or another, certainly not in the same form, some provision for the exercise of rights of access to land owned by private proprietors which is wholly surrounded by land owned by other proprietors, a general principle should be imported into international law to the effect that in all cases of enclaves, independently of treaty, rights of access are *ipso facto* created by law. I have said that it is the Professor's opinion that such rights are granted by law independently of treaty. It would seem also to follow from Professor Rheinstejn's reasoning that such rights are also accorded by law independently of any usage or actual exercise of rights over any considerable period of time. It would, in other words, follow automatically that once an enclave is found to exist, rights of access to it must inevitably be recognized by law. It is very remarkable, I would only say, that, if such rights are recognized by law, in no source of international law is there to be found, so far as I know, any trace whatever of any recognition of any such rights. I am emboldened to make this comment by the fact that not only have the most careful researches of my colleagues failed to find any indication of such a recognition; but in the Portuguese Memorial and Observations equally no authority of any kind whatever is cited in support of the contention that such rights are recognized. No doubt, if there were any such indication in any recognized authority, Professor Rheinstejn's diligence would have brought it to light. As the Court knows, the Indian Government submits that there is no such right recognized in law. The reason is not difficult to discern. I submit the reason is that no real analogy can be drawn between the dominium of a private proprietor of land and the sovereignty of an independent State over its own territory. Many differences occur to one. A private proprietor needs his land for tillage, residence, shelter or personal enjoyment; he and his neighbours are subject to the general authority of the sovereign government of the country in which he lives, and of necessity that sovereign government must itself possess in many respects rights of control over his user of the land, and indeed, in the last resort, is the ultimate proprietor of that land itself. A sovereign State, however, itself knows no master, and its authority and power in every corner of its dominions must remain supreme, in order that the functions of government can be carried on in the interests and for the protection of the general body of citizens. Its sway is in theory eternal over its own territories in contrary distinction to the ephemeral and limited dominium of a private proprietor over his land. In theory all States can negotiate and make treaties freely and unconstrainedly with one another; whereas it is generally recognized that the unequal status of one citizen in his dealings with another may constantly require the intervention of the State to protect the weaker against the stronger. For these general reasons and similar reasons, which may almost be indefinitely multiplied, it is my respectful submission to the Court that no analogy can be drawn between the citizen and the sovereign State; and in the absence of an analogy, I submit, the whole ground disappears for the contention

advanced by Professor Rheinstejn in support of a general principle of law forming part of the law of nations bearing some analogy to the different systems relating to rights of passage to be found in systems of domestic law. I would, however, like, with the permission of the Court, to make a short but somewhat more detailed examination of the propositions advanced by Professor Rheinstejn.

Professor Rheinstejn's conclusion is that in practically all the systems of law which he has investigated, the owner of an enclave is entitled to a right of passage extending over the intervening land from the public road to his enclave. This right can exist (except in general in the Anglo-Saxon systems of law) although there has been neither express grant nor continuous user of such a right. It is implied simply from the necessity of providing the owner of the enclave with access to his land.

In the first place, Mr. President and Members of the Court, it must be remarked that from the point of view of Portugal in this case the usefulness of Professor Rheinstejn's researches depends entirely on the validity of introducing by way of analogy into international law a rule existing in many systems of municipal law. The validity of such an analogy is by no means certain. It is true that in Article 38, subparagraph (1), of the Statute of the Court there is a reference to "the general principles of law recognized by civilized nations" as one of the sources of the law to be administered by this Court. Nevertheless, I submit, the mere existence of a rule in municipal law, even though it be common to many systems of municipal law, is not by itself invariably a reason for importing that rule into international law. In order to decide whether the analogy is valid in a particular case, one must take into consideration the express established principles of international law, since no rule can be introduced by analogy from municipal law if it would contradict principles of international law already established. It is also necessary to consider the differences of context, purpose and presupposition between international and municipal law before concluding that a rule recognized by the one is necessarily appropriate to the other.

In paragraph 134 of their Observations, the Portuguese Government contend, relying upon the researches of Professor Rheinstejn, that from municipal systems of law there is to be derived a general principle conferring upon an owner of enclaved land a right of access thereto which is equally to be applied in international relations. As I have already pointed out, Professor Rheinstejn's own article shows that in municipal systems this right does not necessarily depend upon either express grant or continuous user. Although in common law countries certain legal fictions have been developed to account for the origin of the right, it is in fact implied simply from the existence of an enclave.

I respectfully submit that, if this character of the right of passage existing in municipal law is borne in mind, it becomes clear at once that the principle cannot be transported by analogy into international law. This cannot be done, because there already exists in international law a doctrine, recognized both by decisions of international tribunals and by text-writers of the highest authority, which contradicts the principle of municipal law. In paragraphs 164-167 of our Preliminary Objection are set out the authorities which, as we submit, establish clearly that servitudes and other analogous rights can be established between States only by express international contract. (I do not forget that our adversaries are at pains to repudiate the suggestion that they are claiming a servitude.

The Court has already heard discussion on the question of exactly what they are claiming; and I do not pause here to argue once more that the right of passage for which they contend, wholly undefined though it is, is very clearly a servitude, or at least a right analogous to a servitude.) Thus, while, according to Professor Rheinstein, municipal law will in certain cases recognize a right of passage derived solely by implication from the mere existence of an enclave, international law will never recognize a right of passage (save in territorial waters or international rivers) unless it be founded upon express agreement. In these circumstances, there is clearly no room for the introduction into international law of the municipal rule. Whatever may be the validity in international law of analogies drawn from municipal systems, it is clear, I submit, that such analogies are admissible only in respect of matters which are not already the subject of established rules of international law.

I now proceed to consider, Mr. President and Members of the Court, how the context, purpose and presuppositions of municipal law have affected the right of passage to enclaves, so that we may see whether that right could in any case be appropriately transferred to the different field of international law. My submission is that the municipal right which is concerned with property is wholly inappropriate to the international field, where one is dealing with sovereignty. The private ownership of a piece of land occurs within the setting of society. One of the fundamental features of society is the existence of a legislative power which, in case of need, can modify the rights of one man in order to accommodate them to the rights of another, or overrule the rights of individuals for the benefit of society as a whole—and this either with or without the consent of the persons whose rights are modified or overruled. Thus, Professor Rheinstein shows that the codes of civil law countries “impose” (I quote his word) rights of passage upon owners of land surrounding enclaves, and also points out that in the common law such rights of passage originated from the idea that it was (and here I quote from a 17th century decision cited by him)

“to the prejudice of the common weal that land should lie fresh and unoccupied”.

The conception in municipal law of the existence of a legislative power able to modify and overrule the rights of a private owner of land is strengthened by the history of land tenure. In many countries the present position is derived ultimately from the ancient feudal system. Under that system the land was originally held by the king, the supreme overlord. Lords held land of the king, and other persons held land of the lords, and so on through a number of stages, in various tenures. The condition of each of these tenures was the rendering of some service, in default of which the land might be resumed by the immediate lord. The conception of absolute ownership, except in the king himself, was quite foreign to this system, and the imposition by law of limitations upon the rights of those who came to be known as “private owners” of land was but a natural development.

In the international field the picture is entirely different. Here there is no conception of the existence of any power, legislative or otherwise, with authority to overrule the rights of a State concerning the land which composes its territory. So far from this, it is the very denial of any such conception which forms the basis of relations between sovereign

States. In paragraphs 161 and 162 of our Preliminary Objection are set out authorities establishing (and then I quote) the

“principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory”

(these are the words used by Judge Huber in the *Island of Palmas Case*). Equally supported by the authority is the consequence of this principle, that a State's jurisdiction within its own territories cannot be limited except by agreement. Such are the context and presuppositions of international law. They differ so completely from the context and presuppositions of municipal law that, in my respectful submission, it is impossible to regard municipal rules of rights of way as bearing any analogy relevant to international law.

It is to be noted that the municipal systems mentioned by Professor Rheinstejn possess on this particular point another characteristic which is not to be found in international law. Professor Rheinstejn points out that, both in the civil law and in the common law, the right of way enjoyed by the owner of an enclave is a right of way to the enclave from the public road. Thus, the municipal rules presuppose the existence of land over which there exists a public right of way, i.e. public roads. The right of way enjoyed by the owner of an enclave is merely a special extension in his favour of the right possessed by all citizens over the public roads. In international law, on the other hand, there is no right enjoyed by all States analogous to the right of all citizens to pass along public roads. In other words, that which in municipal law is the presupposition underlying the special right of way to an enclave is lacking altogether in international law.

To conclude my remarks on this subject, I mention one further feature to which Professor Rheinstejn draws attention. It is a feature which, whatever the validity in general of the analogy which he seeks to draw, would prevent the application of that analogy to the present case. Professor Rheinstejn points out that many of the codes of civil law countries provide for the imposition of a right of way over the land surrounding an enclave if “no contrary arrangements have been agreed upon in the transaction” (those are his words). Likewise, in discussing the common law he quotes Professor Powell as saying that such a right arises “unless the contrary is inescapably manifested”. I do not wish to detain the Court with another discussion of the evidence annexed to our Preliminary Objection. I will only submit that from that evidence there emerges with the utmost clarity an implied arrangement between Portugal and the successive sovereigns of the territory intervening between Daman and the enclaves that passage over that territory should be at the will and discretion of those sovereigns. If this be the arrangement, then, according to Professor Rheinstejn, even if the present question arose between private individuals, neither the civil law nor the common law would imply a right of passage greater than that upon which the Parties have themselves agreed.

Mr. President and Members of the Court, for these reasons I submit that the Fifth Objection by the Indian Government ought to succeed, and I desire only to deal with one other matter. I hope that my distinguished adversaries will not mind my saying that I suspect that they really hope and intend, by their Observations, to induce the Court, even if it may be of opinion that one or more of the Objections raised

by the Indian Government are well founded, nevertheless to decide that the determination of the Preliminary Objection should be postponed and joined to the hearing on the merits. My very respectful submission to the Court is that this is a course which should not commend itself, and I would like to add some observations in support of this submission.

The Indian Government asks the Court to decide upon a Preliminary Objection that the hearing should not proceed to a hearing on the merits. Of what should the Court be satisfied before it accedes to such an Application made by the Indian Government?

The Portuguese must demonstrate to the satisfaction of the Court that upon a summary view of the facts and the general principles of law applicable, they have a reasonable case to argue in supporting their claim of rights of passage between Daman and the enclaves. If they fall short of this, in my submission, it would be wrong to call upon the Government of India to contest in a hearing on the merits matters which they have made it plain that they do not wish submitted to the arbitration of an international tribunal. The Indian Government has clearly stipulated in its acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court that it does not wish the jurisdiction of the Court to embrace matters affecting India's own domestic concern. India regards the question of passage between Daman and the enclaves as such a domestic matter and not in any sense as a matter calling for international determination. This being so, as I have said, unless the Portuguese Government in reply to the Indian Preliminary Objection can satisfy the Court upon a summary consideration that it has a reasonably arguable case in support of its claim, my submission is that the Indian Preliminary Objection should succeed. In the absence of such a case presented by Portugal, India, I submit, should not be compelled by the procedure adopted by Portugal to litigate before this Court that which it has plainly sought to reserve for India's own domestic determination.

But not only, so I submit, must Portugal establish such a case; but it must also appear, if Portugal is to persuade the Court that India's Preliminary Objection should be joined to the merits, that a determination of the question whether she has such a case involves an investigation of matters which cannot be adequately or conveniently investigated at the present hearing for the purpose of deciding the Preliminary Objection. It is India's submission that, if any investigation necessary to enable the Court to determine whether Portugal has a reasonably arguable case in the sense above indicated can be adequately conducted in the course of the hearing of a Preliminary Objection, India is entitled to have those matters investigated at the hearing of her Preliminary Objection and should not be called upon to await the Court's decision until a hearing on the merits can take place. If I may, therefore, restate together both the principles for which I have just contended, in order to persuade the Court that India's Preliminary Objection should be joined to the merits, Portugal must establish not only that she has upon a summary view of the facts and law a reasonably arguable case in support of her claim, but also that the determination of the question whether she has such a case involves an investigation of the Portuguese claim which cannot be adequately undertaken in the course of the hearing of India's Preliminary Objection and that therefore the Preliminary Objection should be joined to the merits.

If I have, in these terms, correctly stated the principles applicable, how does the Portuguese case stand in relation to the Preliminary Objection? The Portuguese case depends partly on fact, partly on law. So far as the law is concerned my submission, Mr. President and Members of the Court, is that this Court is in every sense in just as good a position to decide upon a summary view whether or not Portugal has an arguable case in law, as it would be if the hearing of the Preliminary Objection were joined to the hearing on the merits. Legal principle can be examined by the Court as a thing separate and apart from a full examination of the facts. The Court has only to form an opinion whether Portugal's case based on general principles of law is reasonably arguable or not. No advantage, it is submitted, would be gained by joining this question to the merits. There remains then that aspect of the Portuguese case which depends upon the issue of fact. With regard to this aspect of the case, if the Court at the present moment found itself confronted with a mass of conflicting evidence requiring careful evaluation and a decision of pure fact by the Court, I would myself find it difficult to argue against the view which the Court might in such circumstances feel inclined to adopt that it would be better to wait until the Court had before it the whole volume of evidence which either Party might wish to bring before it on a final hearing on the merits. But, as we have repeatedly pointed out, that is not the situation which confronts the Court. India has produced a mass of evidence all pointing in the same direction. Portugal has elected deliberately not to answer it. The evidence before the Court, therefore, is all one way. India in these circumstances submits that no question of prolonged evaluation of a conflicting mass of evidence can be evolved. The conclusion which India seeks to draw from the evidence is apparently not disputed by Portugal. India respectfully, in these circumstances, submits that neither from its purely legal nor from its evidentiary aspects is the Preliminary Objection one which needs to be postponed for decision till the hearing on the merits.

Mr. President and Members of the Court, I recognize at once that this is a matter entirely within the discretion of the Court. As I have said, when I analyzed the Portuguese Observations on the Indian Preliminary Objections, I cannot help thinking that Portugal, in formulating them, really only had one main purpose in mind. This purpose was not to establish that the Objections were ill-founded or that there was an answer of a substantial character to the Indian contentions, but to try to endeavour to persuade the Court to defer hearing the Preliminary Objections until the merits were heard. Portugal seems to be saying in her Observations that the stronger the Indian case, the more clearly should the hearing of the Preliminary Objections be deferred until the hearing on the merits. My respectful submission is that the Court should be reluctant to encourage any such attitude on the part of litigants before it. If India has a sound Preliminary Objection, she has, it is very respectfully submitted, a strong claim upon the Court's discretion when she asks that her Preliminary Objections may be adjudicated upon in the ordinary course at this hearing. Portugal ought not to be allowed by simply hinting that there may be evidence which, in due course, she will produce in effect to block and obstruct the hearing of this Preliminary Objection. I greatly hope that my distinguished adversaries will not feel that I am not showing due respect to their acknowledged skill and care in the conduct of their case when I submit

that such an attitude on their part is a little like trifling with the procedure of the Court. If, in effect, a Party can prevent a Preliminary Objection being decided by virtually leaving the Court in ignorance of what its real answer, if any, to the Preliminary Objection is, then very few litigants will be able to exercise effectively the right which they are undoubtedly given by the Statute of the Court to raise Preliminary Objections in suitable cases at the outset and, by doing so, to procure a decision in their favour without having to wait for a hearing on the merits.

As the Court knows, India feels that she has a strong grievance against Portugal in that Portugal rushed her into these proceedings without giving India any opportunity of exercising the rights which she undoubtedly had under the reciprocity provisions. It may be that Portuguese Counsel may show that my apprehensions are wholly unfounded by joining with me in the request that I respectfully make to the Court on behalf of the Government of India that her Preliminary Objection should be decided on the result of the present hearing instead of being joined to the merits. If, however, they adopt the contrary attitude, as I suspect, I hope the Court will accept the submission, which I respectfully make, that the Portuguese tactic in this regard is, for the reasons which I have ventured to give earlier, not one which is deserving of the Court's sympathy or encouragement.

Mr. President and Members of the Court, this completes what I desire to submit on behalf of the Government of India in support of the Fifth Objection, and it now only remains for me to express my thanks to the Court for the very patient and courteous hearing which has been given to my submission.

6. PLAIDOIRIE DE M. P. GUGGENHEIM

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DE L'INDE)
A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 27 SEPTEMBRE 1957, MATIN

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Comme M. l'*Attorney-General* vous l'a déjà communiqué, je suis chargé d'ajouter encore quelques brèves observations à l'exposé de sir Frank Soskice, observations d'un caractère un peu plus général et qui sont en relation avec l'exception préliminaire n° 5. Il s'agit de deux points qui sont soulevés dans les observations portugaises et qui sont relatifs aux textes juridiques invoqués en faveur de la réclamation portugaise. Il s'agit, en premier lieu, de la définition des principes généraux de droit invoqués par le Portugal à l'appui de sa demande et, en second lieu, de la définition de la notion du droit de passage sans immunité et ne portant pas atteinte à la souveraineté étatique.

Examinons d'abord le premier point. C'est le signe que la prétention avancée est bien vague lorsque l'État demandeur commence par affirmer que la base juridique de sa demande ne réside pas dans la coutume, ni dans le droit conventionnel, mais dans certains principes généraux. Or c'est ce que fait le Portugal dans ses nouvelles observations, contrairement, on l'a d'ailleurs déjà dit, à son premier mémoire, où la hiérarchie classique, consacrée par l'article 38 (1) du Statut de la Cour: convention, coutume, principes généraux de droit, avait été suivie. Dans les nouvelles observations donc, le Portugal renverse l'ordre des sources de droit invoquées pour invoquer en premier lieu les « principes généraux ». Et qu'entend-il par là? Les principes généraux visés par le Portugal ne sont pas les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », tels qu'ils figurent à l'article 38 (1) du Statut de la Cour. Il ne s'agit donc pas de règles adoptées dans le droit interne des États civilisés et éventuellement susceptibles d'être appliquées dans les relations internationales, c'est-à-dire de cette réception *in globo* en droit international de certaines règles de droit interne, réception qui fait justement l'objet de l'article 38 (1), c, du Statut de la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous constatons, en effet, que ce ne sont pas ces principes généraux qui sont visés par les observations portugaises. Il suffit, à ce sujet, de se rapporter au paragraphe 125 des observations portugaises, à la page 625 de leurs observations. Voici comment nos honorables contradicteurs s'expriment à ce sujet:

« S'il s'agissait d'interpréter l'article 38 (1) (c) du Statut, il y aurait un certain nombre d'observations à faire à ce propos. Il paraît, en effet, certain que le Comité de juristes qui a élaboré le projet de Statut de la C. P. J. I. a eu l'intention d'y comprendre les principes qui se dégagent de la similitude des droits internes. Mais il serait téméraire de prétendre que la notion doit être enfermée dans ces limites. Rien n'est mieux fait pour en révéler les incertitudes que de constater, non seulement les désaccords existant entre les auteurs qui ont commenté l'article 38 (1) (c), mais encore les variations qui s'accusent ... dans la pensée des meilleurs d'entre eux. »

Et sous le n° 126, également à la page 625, les observations continuent :

« Il serait donc excessif, quand le Gouvernement portugais invoque les principes généraux de droit, de prétendre enfermer cette notion dans le cadre où cherche à la ramener le paragraphe 190 des exceptions préliminaires. »

Nous croyons pouvoir exactement interpréter la pensée de nos adversaires lorsque nous constatons qu'en invoquant les principes généraux, il ne s'agit pour eux nullement de tirer des conclusions de « la similitude des droits internes », pour employer leur propre terminologie. D'ailleurs, ils ont bien raison. Il n'y a, dans les questions qui font l'objet du litige, rien à tirer des conceptions de droit de passage du droit interne pour être transposé dans le domaine du droit international, comme l'a d'ailleurs démontré, il y a un instant, sir Frank Soskice, lorsqu'il a examiné et critiqué la consultation du professeur Rheinstejn.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les principes développés dans le cadre du système portugais sont des règles si générales que leur individualisation peut revêtir des formes si diverses qu'elles en apparaissent vides de sens et purement tautologiques. Ou alors il s'agit purement et simplement de principes du droit naturel qui comme tels ne font pas partie du droit positif, seul susceptible d'être appliqué par la Cour, si l'on s'en tient à l'article 38, chiffre 1, du Statut et aux déclarations d'adhésion à la juridiction obligatoire déposées par l'Inde et par le Portugal. Nous devons donc constater que les quelques exemples qui sont indiqués aux pages 625 et suivantes, numéros 126 et 127, des observations portugaises, n'ont rien de commun avec les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » que le Statut de la Cour mentionne à l'article 38, chiffre 1. Les principes généraux de droit mentionnés dans les observations portugaises, c'est-à-dire, pour parler dans le langage de la Cour, les principes « bien établis » (Série B, nos 15, p. 17), les principes « généralement admis » (Série A/B, n° 24), les principes « allant de soi » (Série B, n° 10, p. 20), les principes « essentiels » (Série A, n° 7, p. 47), les principes « élémentaires » (Série A/B, nos 20 et 21, p. 30), les « conceptions générales de droit » (Série A, n° 17, p. 22), ces principes ne sont nullement inconnus dans la doctrine du droit international ; mais il ne s'agit pas d'une source particulière du droit des gens. La Cour permanente de Justice internationale l'a admis elle-même dans la décision qu'elle a rendue dans l'affaire du *Lotus*. On lit en effet à la page 16 de cet arrêt (Série A, n° 10) la phrase suivante :

« La Cour estime que le sens des mots « principe du droit international » ne peut, selon leur usage général, signifier autre chose que le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale. »

La référence à ces principes ne signifie pas autre chose qu'une affirmation formelle du fait que la validité du droit international est indépendante de la volonté individuelle des États. Les formules utilisées dans le mémoire portugais peuvent éventuellement avoir encore pour but de préciser le contenu du droit coutumier. Certainement elles n'ont pas le sens que leur attribue le mémoire portugais.

Le Gouvernement de l'Inde continue à croire que l'appel à de grands principes, tels que les « principes fondamentaux de la structure internationale », le principe de l'indépendance, le principe de l'égalité des

États, celui de la souveraineté dans sa conception traditionnelle, le Gouvernement indien donc continue à croire que l'appel à ces principes, tel qu'on le trouve dans les observations portugaises, aux pages 626 et suivantes, n'est ici d'aucun secours. C'est ainsi que du principe de l'unité du territoire national on ne saurait tirer aucune conclusion quant au droit de passage à travers le territoire d'un autre État pour permettre la communication entre deux portions du territoire étatique. Au contraire, on pourrait tirer de ce principe la conclusion que l'État est obligé d'organiser les manifestations de puissance publique de telle manière qu'il lui soit possible d'assurer par lui-même et sans l'assistance d'autres États l'unité fondamentale de son territoire ou de ses territoires. Il s'ensuit que, lorsqu'une telle assistance paraît malgré tout opportune, lorsqu'elle consiste, par exemple, en un droit de passage, il est alors indispensable d'obtenir le consentement de l'État qui doit l'accorder.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, tournons-nous maintenant vers le deuxième point, celui qui concerne le droit de passage sans revendication d'immunité et sans porter atteinte à la souveraineté territoriale.

Si le Portugal, en demandant que lui soit reconnu un droit de passage, n'entend pas prétendre à un droit de juridiction ni à un droit de souveraineté et si on ne peut pas justifier cette revendication en invoquant la coutume, la convention ou les principes généraux de droit, quel est alors le fondement juridique de la réclamation et quel est le contenu exact de celle-ci? En ce qui concerne cette dernière question, le mémoire portugais écarte toutes les solutions qui pourraient se trouver en contradiction avec la souveraineté territoriale de l'Inde. Le Gouvernement du Portugal revendique — et je cite — « un droit de transit international destiné à assurer les communications de territoires enclavés, n'ayant pas d'autres possibilités physiques de communication avec le reste du territoire de l'État auquel ils appartiennent ». Mais quels sont les titres juridiques invoqués par le Portugal pour justifier ce mystérieux droit de transit qui ne porterait pas atteinte à la souveraineté territoriale de l'Inde?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, si on examine les règles que connaît le droit international coutumier en matière de transit, on constate qu'elles ne sont qu'au nombre de trois.

Il y a, tout d'abord, l'obligation de l'État riverain de tolérer le passage inoffensif des navires étrangers par sa mer territoriale; en second lieu, il y a le droit de passage par les détroits naturels qui mettent en communication les mers libres, et il existe encore un troisième droit, dont je parlerai plus tard.

En ce qui concerne le plus important de ces droits de passage maritime, le passage par la mer territoriale, l'article 3 du projet de convention de la conférence de codification de La Haye de 1931 le définit, et je cite, « comme le fait de naviguer dans la mer territoriale, soit pour la traverser, soit pour entrer dans les eaux intérieures, soit pour prendre le large en venant des eaux intérieures ». L'obligation d'accorder le droit de passage par la mer territoriale et également par les détroits naturels s'accompagne d'une restriction assez large des compétences de l'État riverain. En effet, bien que l'État territorial reste, en principe, compétent en matière pénale et administrative, les affaires internes des bâtiments de commerce ou de guerre exerçant le droit de passage sont soustraites en principe à la compétence de l'État riverain pour être soumises à

celle de l'État du pavillon. Les bâtiments au service de la puissance publique, tels que les navires de guerre, sont en outre soustraits au contrôle de police et au contrôle douanier.

Les mêmes règles s'appliquent peut-être au troisième cas, celui de la navigation dans la partie maritime d'un fleuve international, c'est-à-dire à la navigation sur les cours d'eau reliant les ports internes à la mer.

Bien que cette assimilation soit souvent contestée — elle a été admise, par exemple, par le juge Anzilotti (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1932, pp. 603 et suivantes). En revanche, il est certain — et ici nous trouvons une analogie avec le cas des enclaves — que ce droit de passage n'existe pas lorsque le port est séparé de l'embouchure du fleuve par le territoire d'un autre État; cette dernière situation est, par exemple, celle d'Anvers, qui est séparé de la mer du Nord par la partie hollandaise de l'Escaut. Une convention internationale est alors nécessaire pour assurer le passage par la partie maritime du fleuve. C'est l'avis de l'auteur le plus compétent en la matière, M. l'ancien juge à la Cour permanente de Justice internationale Van Eysinga (*Bibliotheca Visseriana*, t. II, p. 134).

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on a parfois réclamé le droit ou la liberté de passage dans d'autres situations encore, mais un examen même rapide montre qu'il ne s'agit pas là de droit d'un passage de nature coutumière.

On a parlé de la liberté de communication et de transit sur les fleuves internationaux, mais il n'y a pas de fleuve international sans convention, convention entre États riverains dans tous les cas, convention entre États riverains et États tiers, si le droit de transit doit être étendu à ces derniers. La Cour permanente l'a reconnu dans l'affaire de l'Oder (Série A, n° 23, p. 27), où elle déclare que le statut de Barcelone de 1921, sur le régime des voies navigables, n'est pas applicable en l'espèce et que par conséquent le droit de transit plus général qui y est prévu n'est pas valable pour l'Oder.

On parle également de la liberté de transit par les airs, mais à tort, car cette liberté ne peut être exercée que du consentement de l'État territorial. En effet, le territoire aérien de l'État est soumis à la souveraineté exclusive et n'est grevé d'aucun droit de passage. Un droit de passage ne peut être basé que sur une convention. C'est ainsi que la convention de Paris de 1919 et celle de Chicago de 1946 contiennent des dispositions expresses à ce sujet (art. 15, respectivement art. 5 et 6). Dans le même ordre d'idées, il faut relever que les États ne sont pas obligés de mettre leur espace aérien à la disposition des autres États pour la transmission de nouvelles (par fil ou sans fil).

En ce qui concerne le territoire terrestre de l'État, il n'y a pas d'obligation, que ce soit d'omission ou de tolérance, en ce qui concerne le passage sans convention, ni de liberté de passage, sans assentiment de l'État territorial. C'est en vertu de la convention du 13 octobre 1909, relative au chemin de fer du Gothard, que la Confédération suisse est obligée, sauf en cas de force majeure, d'assurer l'exploitation de cette ligne contre toute interruption. Il est cependant intéressant de constater que cela n'a pas empêché la Suisse, pendant la seconde guerre mondiale, de décréter certaines restrictions relatives au transit de marchandises ayant un certain caractère militaire, par exemple en ce qui concerne les produits pétroliers.

Hors des trois situations que je viens de mentionner, on peut donc affirmer, sans risque d'être démenti, que le droit international général ne connaît pas de droit de passage. La situation est-elle différente du fait que l'État intéressé ne réclamerait aucune immunité à l'occasion de l'exercice de ce droit? Est-il exact, comme le prétend le Gouvernement portugais dans ses observations sur les objections préliminaires (n° 118), que le droit international connaît un droit de passage sans immunité et donc sans limitation de la souveraineté territoriale; droit dont les modalités seraient réglées par le droit international général, mais qui n'impliquerait aucune restriction des compétences de l'État territorial?

Malgré notre respect pour la science de nos distingués contradicteurs, nous ne pouvons les suivre dans leur argumentation. Nous croyons en effet qu'un droit de passage implique en tout cas une certaine limitation de la liberté d'action de l'État territorial et que les restrictions qui en découlent ne peuvent avoir qu'une base coutumière ou conventionnelle. Nous allons préciser notre pensée.

L'absence d'immunité signifie la soumission sans restriction à l'autorité de l'État territorial, tandis que toute immunité entraîne une restriction de cette autorité. Quel que soit son fondement doctrinal, qui est controversé, l'immunité consiste dans le fait que celui qui en jouit n'est pas soumis, dans le domaine que couvre l'immunité, à l'ordre juridique de l'État territorial. Les conséquences de cette situation sont variées; nous en relèverons une seule: les personnes qui peuvent se prévaloir de l'immunité sont régies, quant aux droits et devoirs réciproques qui découlent de cette situation, par le droit international et ne sont plus soumises, dans la mesure indiquée, au droit national. Même si l'on considère que l'obligation de l'État, à part l'obligation fondamentale présupposée d'accorder le droit de passage, consiste nettement à adapter certaines règles de son droit national aux obligations qui découlent pour lui du droit international, ainsi que l'expose le Gouvernement portugais au n° 118 de ses observations, la question fondamentale reste la même. Ici aussi il s'agit de restrictions à la liberté de l'État territorial, restrictions consistant pour lui soit en des obligations de tolérance, soit en des obligations de faire, et ces restrictions doivent trouver leur expression, à défaut de convention, dans une règle de droit coutumier éventuellement concrétisée dans une règle de droit conventionnel. Or ces restrictions qu'impliquent les modalités du transit ne résultent pas d'une règle de droit coutumier: on ne trouve rien, en particulier, dans le droit du voisinage qui permette de considérer un certain régime de droit de passage comme étant le régime normal. Et cela n'est pas étonnant, puisque les modalités d'un tel droit de passage découlent directement d'une multitude de facteurs qui diffèrent d'un cas à l'autre et dont l'importance variera selon les États en présence. Cela peut seulement signifier que les modalités d'un droit de passage éventuel doivent dans tous les cas être *négociées*. Des exemples donnés par le Gouvernement du Portugal dans ses observations prouvent bien qu'on est ici dans le domaine de la négociation et non dans celui de l'application des règles générales du droit international, règles qui sont susceptibles d'être appliquées sans autre forme de procès. L'acte de Vienne qui a proclamé la liberté de navigation sur les fleuves internationaux et qui est invoqué par nos honorables contradicteurs à l'appui de leur thèse est justement le résultat d'une telle négociation. Il n'a du reste pas suffi pour établir le droit de transit sur les fleuves dits internationaux; en effet, formulé

d'une manière trop générale, trop abstraite, il a dû être complété par une réglementation conventionnelle pour chacun des fleuves internationaux en particulier. La convention de Barcelone de 1921 a revêtu elle aussi un caractère si abstrait, si doctrinal, qu'elle n'a pas pu recueillir le nombre d'adhésions qui lui auraient donné un caractère universel.

Cette thèse, Monsieur le Président, Messieurs les Membres de la Cour, n'est pas contestée mais plutôt confirmée par mon éminent contradicteur, par mon maître et collègue M. le professeur Maurice Bourquin, qui a écrit dans son cours sur l'organisation internationale des voies et communications (*Recueil de l'Académie de droit international*, 1924, 4^{me} vol., p. 129), en interprétant ainsi déjà d'une manière très large le principe du droit de passage :

« L'objet de cette convention (il s'agit de la convention de Barcelone) est d'étendre à l'ensemble des voies d'eau et des voies ferrées un principe qui, depuis plus d'un siècle, occupe une place incontestable dans le régime de la mer territoriale et dans celui des fleuves internationaux. Depuis plus d'un siècle on admet que la mer territoriale se trouve grevée d'une *servitude de passage*, c'est-à-dire de transit, au profit de tous les pavillons. Depuis plus d'un siècle on admet également que le riverain d'amont d'un fleuve international possède un droit de transit à travers les sections inférieures de la voie d'eau. »

C'est d'ailleurs une vue contestée. Je continue la citation :

« *Mais jusqu'ici* » — c'est ainsi que conclut le professeur Bourquin — « aucune règle de droit, ni coutumière, ni conventionnelle, n'étend au-delà de ces limites relativement restreintes le principe de la liberté de transit. La convention de Barcelone se propose de combler, partiellement tout au moins, cette lacune. »

On constate donc qu'un droit de passage dont les modalités ne seraient pas négociées est inconcevable. Cela confirme ce que nous avons déjà affirmé : que le droit de passage en lui-même n'existe pas. On ne peut, en effet, pas même concevoir un « *droit de passage* » inapplicable en lui-même qui se résoudrait finalement en une *obligatio contrahendi*.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en résumé nous croyons pouvoir dire que le droit de passage ne se conçoit pas sans une limitation de l'État territorial dans l'exercice de sa compétence. Si cette limitation doit trouver sa base dans le droit coutumier, il ne peut alors s'agir que d'un régime d'immunité ; mais le droit international coutumier relatif aux temps de paix ne prévoit un tel régime notamment qu'en faveur des diplomates et des navires de guerre et en temps de guerre pour l'administration et l'armée de l'État occupant. S'il n'y a pas d'immunité, il ne peut alors s'agir que d'un régime conventionnel, résultat d'une négociation. Le problème étant ainsi situé, on ne voit pas très bien ce que la « bonne foi » et la « raisonnable », invoquées au n° 118 des observations portugaises, ont à faire ici.

Le différend, Monsieur le Président, Messieurs les Membres de la Cour, tel que nous le concevons, échappe donc à la juridiction de la Cour. Comme il s'agit d'un différend qui ne peut être réglé que par l'établissement de nouvelles règles de droit international, il est indispensable que les Parties soient d'accord pour le soumettre à la Cour. En effet, nous ne nous trouvons pas dans le domaine d'application de l'article 38,

chiffre 1, du Statut de la Cour, mais dans celui de l'article 38, chiffre 2, disposition qui prévoit que la Cour a la faculté, *si les Parties sont d'accord*, de statuer *ex aequo et bono*. L'article 38, chiffre 2, vise justement, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires, les différends dans lesquels la Cour se voit reconnaître un pouvoir discrétionnaire de juger, c'est-à-dire en faisant abstraction des règles autonomes du droit international. Le juge est alors chargé par les Parties de faire œuvre de législateur. Or c'est cette situation qui se réaliserait si la Cour devait se prononcer sur la demande du Portugal relative à un droit de passage sans immunité. Cette institution inconnue du droit international coutumier et des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées devrait donc être créée de toute pièce, car la Cour serait contrainte, si elle en reconnaissait le principe, de l'assortir de toute une série de dispositions relatives aux modalités d'application, puisque de poser le principe seulement ne serait pas faire progresser la solution du problème.

En examinant au fond la requête principale du Portugal, la Cour sortirait de son rôle traditionnel. Non seulement elle empiéterait sur le domaine réservé de l'Inde, mais elle s'occuperait d'un différend qui n'est un différend juridique qu'au sens de l'article 38, chiffre 2. Or cette disposition, pour être applicable, exige — comme je viens de le dire — préalablement l'accord des deux États. Cependant ce consentement n'existe pas en l'espèce, il n'a été donné ni par l'Inde, ni par le Portugal dans leurs déclarations de reconnaissance obligatoire de la juridiction de la Cour.

La Cour serait ainsi dans la situation de devoir se substituer aux deux États, le Portugal et l'Inde, en vue d'établir une convention internationale sur les modalités du droit de passage. La Cour permanente de Justice internationale statuant dans l'affaire des *Zones franches* a reconnu que telle ne pouvait être la fonction de la Cour, lorsqu'elle a déclaré: « La mission confiée à la Cour ... est mal adaptée au rôle d'une Cour de Justice. Ces questions sont en dehors du domaine où une Cour de Justice, dont la tâche est d'appliquer des règles de droit, peut aider à la solution des différends entre deux États. » (C. P. J. I., Série A/B, n° 46, p. 162.)

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je vous remercie de votre attention.

7. ORAL ARGUMENT OF SIR FRANK SOSKICE

(COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)

AT THE PUBLIC HEARING OF 27 SEPTEMBER 1957, AFTERNOON

Mr. President and Members of the Court:

I desire, with your permission, to make a short submission to the Court with regard to the Sixth Objection raised by the Indian Government. As the Court will remember, India's Declaration dated the 28th February, 1940, limited her acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court to "disputes arising after the 5th February, 1930, with regard to situations or facts subsequent to that date". We concede at once that if the evidence remains as it is, the dispute upon which the Court is asked to adjudicate arose after the 5th February, 1930, and that it is a dispute with regard to situations or facts subsequent to that date. As has been pointed out by Counsel for India on, I hope, not too many occasions, Portugal, until her Memorial was filed, never laid claim to rights of passage; most certainly she made no such claim before the 5th February, 1930. That is, as the evidence stands at the moment. If I may respectfully say so, the Portuguese stand before a dilemma. If the evidence is left as it is, then I concede that the Sixth Objection cannot succeed. On the other hand, if they should hereafter produce evidence showing that for a long period of time extending back earlier than the 5th February, 1930, they did assert some claim to a right of passage, then clearly, in my submission, it must follow that the Sixth Objection should prevail. India, clearly, both during the period of British and Indian Government, quite obviously never recognized, and, if it was expressly asserted, must have repudiated, any claim to such rights made by Portugal, if Portugal made any such claim. This attitude on the part of the British and Indian authorities, as has already been demonstrated, has been wholly consistent at least as far back as 1818. The dilemma, therefore, is the following: either the Portuguese leave the evidence as it is, in which case the Sixth Objection must fail, but in our respectful submission the Fifth Objection must inevitably succeed; or they do produce evidence showing that claims of right were made and passage exercised as of right, in which case, in our submission, as a necessary consequence, the Sixth Objection must prevail.

I would venture to add this further observation. The very fact that this dilemma exists, in my submission, affords of itself a strong argument available to India against the view, if such a view is put forward by our adversaries, that the decision of the Court on the Preliminary Objection should be deferred until the hearing on the merits. India, as the Court knows, contends that the Court ought to arrive at its determination on the evidence as it stands, Portugal having advisedly and deliberately elected not to supplement or seek to controvert the Indian evidence. Upon that view, it is submitted, India's Fifth Objection should now be decided in favour of India. Portugal should not, it is submitted, as it has already been submitted on behalf of India, be allowed, by holding back evidence, if there is any available, and intimating that she proposes only to adduce it at a later stage, both to procure the result that the

hearing of India's Preliminary Objection is joined to the merits, and also at the same time to escape the result that India's Sixth Objection must prevail. The Sixth Objection, in other words, in my submission, affords an additional reason why the Court should adjudicate in the course of the present hearing upon the Preliminary Objections as a whole. Portugal really cannot have the best of both worlds, and it is the respectful submission of the Indian Government that this is what Portugal is seeking to achieve.

For the above reasons, I submit that if the Fifth Objection does not prevail, the Sixth Objection should be held by the Court to be well founded, and I ask the Court so to rule.

Mr. President and Members of the Court, this completes the submissions on behalf of the Indian Government in support of the six Objections raised, and it only remains for the Attorney-General of India, with your permission, formally to restate before the Court the conclusions at which the Court is asked to arrive.

I, for my own part, have already expressed my great gratitude to the Court for its patient and courteous hearing of the address which I have ventured to deliver.

8. ORAL ARGUMENT OF SHRI M. C. SETALVAD

(COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)

AT THE PUBLIC HEARING OF 27 SEPTEMBER 1957, AFTERNOON

Mr. President and Members of the Court:

It remains for me to present to the Court the conclusions of the Government of India with respect to its six Preliminary Objections to the jurisdiction of the Court. While these conclusions are, in principle, in final form and definitive, I wish to reserve the right to modify or supplement them in the light of the oral arguments of the Government of Portugal. The following, then, are the conclusions which, on behalf of the Government of India, I respectfully submit to the Court for its consideration:

Conclusions

First Objection

The Portuguese Declaration of the 19 December, 1955, by reason of the incompatibility of its third condition with the object and purpose of the Optional Clause of the Statute of the Court, is wholly invalid as a recognition of the compulsory jurisdiction of the Court under that Clause; and, as the Portuguese Application of 22nd December, 1955, purports to found the jurisdiction of the Court only upon the said invalid Declaration, the Court is without jurisdiction to entertain that Application.

Second Objection

Since the Portuguese Application of 22 December, 1955, was filed before the lapse of such brief period as in the normal course of events would enable the Secretary-General of the United Nations, in compliance with Article 36, paragraph 4, of the Statute of the Court, to transmit copies of the Portuguese Declaration of 19 December, 1955, to other Parties to the Statute, the filing of the said Application violated the equality, mutuality and reciprocity to which India was entitled under the Optional Clause and under the express condition of reciprocity contained in her Declaration of 28 February, 1940, and thus the conditions necessary to entitle the Government of Portugal to invoke the Optional Clause against India did not exist when the said Application was filed; and in consequence the Court is without jurisdiction to entertain the said Application.

Fourth Objection

Since the Portuguese Application of 22 December, 1955, was filed before the lapse of such brief period as in the normal course of events would enable the Secretary-General of the United Nations, in compliance with Article 36, paragraph 4, of the Statute of the Court, to transmit copies of the Portuguese Declaration of 19 December, 1955, to other Parties to the Statute, the filing of the said Application

violated the reciprocal right conferred upon India by the Optional Clause and by India's Declaration of 28 February, 1940, to invoke the third condition contained in the Portuguese Declaration of 19 December, 1955, equally and under the same conditions as Portugal; and thus the conditions necessary to entitle the Government of Portugal to invoke the Optional Clause against India did not exist when the said Application was filed and the filing of the said Application constituted an abuse both of the Optional Clause and of the process of the Court; and in consequence the Court is without jurisdiction to entertain the said Application.

Third Objection

Since the Portuguese Application of 22 December, 1955, was filed before the Portuguese claim of a right of passage for persons and goods across Indian territory had been made the subject of diplomatic negotiations, the subject-matter of the claim had not yet been determined and there was not yet any legal and justiciable dispute between the Parties which could be referred to the Court under the Optional Clause; and thus the conditions necessary to entitle the Government of Portugal to invoke the Optional Clause against India did not exist when the said Application was filed; and in consequence the Court is without jurisdiction to entertain the said Application.

Fifth Objection

Since the acceptance of compulsory jurisdiction of the Court for the categories of disputes listed in the Optional Clause does not include disputes with regard to questions which by international law fall exclusively within the jurisdiction of India and since also India's Declaration of 28 February, 1940, expressly excluded such disputes from the scope of her acceptance of compulsory jurisdiction under the Optional Clause; and since in principle the subject-matter of the present dispute, namely, the transit of persons and goods over Indian territory between Daman and the enclaves, relates to a question which by international law falls exclusively within the jurisdiction of India, it is for Portugal to show legal grounds of claim which would place a limitation on India's exercise of her exclusive jurisdiction with respect to the subject-matter of the dispute and which are reasonably arguable under international law;

and whereas

- (a) the authorities cited in paragraphs 163 to 168 of India's Preliminary Objection establish that the Portuguese claim to a right of transit, whether it is considered to be with or without immunity, cannot be regarded as a reasonably arguable cause of action under international law unless it is based on the express grant or specific consent of the territorial sovereign; and since the facts presented to the Court in the Pleadings of the Parties show no such express grant or specific consent of the territorial sovereign as could place a limitation on the exercise of India's jurisdiction with respect to the subject-matter of the dispute, the Fifth Objection should forthwith be sustained;

and whereas in the alternative

- (b) none of the grounds of claim put forward by the Portuguese Government in its Application and Memorial, namely, treaty, custom and general principles of law, can be regarded on the facts and the law which have been presented to the Court as reasonably arguable under international law, the Fifth Objection must for this reason also be sustained;

and whereas, furthermore,

- (c) regardless of the correctness or otherwise of the conclusions set out in paragraphs 4 (a) and 4 (b), the uncontradicted facts presented in the Pleadings of the Parties establish that the question of transit between Daman and the enclaves has always been dealt with both by Portugal and the territorial sovereign on the basis that it is a question within the exclusive competence of the territorial sovereign;

and whereas

- (d) both Portugal and India have accepted the compulsory jurisdiction of the Court only for legal disputes which may be decided by the Court under the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute; and the dispute submitted to the Court by Portugal is not such a dispute and there has been no agreement between the Parties to submit the dispute to the Court under the provisions of Article 38, paragraph 2, of the Statute; in consequence for this reason also the Fifth Objection should be sustained.

Sixth Objection

Since India's Declaration of 28 February, 1940, limited her acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court to disputes arising after 5 February, 1930, with regard to situations or facts subsequent to that date; and since the claim of Portugal to a right of transit between Daman and the enclaves is formulated in her Application and Memorial as a claim of right dated from a period much before 5 February, 1930; and since that claim, if it was ever made, has been persistently opposed by the territorial sovereign, the present dispute as submitted to the Court by Portugal is a dispute excluded from India's acceptance of compulsory jurisdiction under the Optional Clause by the express terms of the said limitation in India's Declaration of 28 February, 1940; and in consequence the Court is without jurisdiction to entertain the Portuguese Application of 22 December, 1955.

Mr. President and Members of the Court, may I conclude by expressing the deep obligation of my Government for the courteous and patient hearing accorded to Counsel for India.

9. PLAIDOIRIE DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 30 SEPTEMBRE ET 1^{ER} OCTOBRE 1957

[Audience publique du 30 septembre 1957, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

C'est la première fois que le Gouvernement portugais a l'honneur de se faire représenter devant cette Cour. Je veux en cette occasion exprimer, en son nom, tout le respect dû à cette illustre instance internationale et présenter aux éminentes personnalités qui la constituent le témoignage de sa très haute considération. Mes sentiments personnels sont ceux-là même de mon Gouvernement: je me permets de les joindre aux siens.

* * *

L'Union indienne s'oppose, de manière absolue, aux communications entre Damão littoral, Dadrá et Nagar-Aveli, empêchant ainsi les liaisons nécessaires entre ces différentes parties de l'État portugais. Elle a systématiquement refusé l'accès de Dadrá et de Nagar-Aveli en profitant des conditions géographiques qui en font des enclaves encastées dans son propre territoire. Il faut d'ailleurs faire ressortir, en passant, que Dadrá et Nagar-Aveli dont les superficies ne sont, respectivement, que 7,5 et 480 kilomètres carrés environ, sont très rapprochés du Damão littoral, comme l'indiquent les cartes annexées au mémoire. Par route, de la frontière du Damão littoral il n'y a que 11 kilomètres environ jusqu'à la frontière de Dadrá, et que 16 environ jusqu'à celle de Nagar-Aveli; cette route, qui aboutit à l'intérieur de cette dernière enclave, a au total approximativement 30 kilomètres de long.

Ce refus de laisser accéder aux enclaves dure depuis plus de trois ans, puisqu'il remonte au mois de juillet 1954, époque où Dadrá et Nagar-Aveli furent occupées par des bandes armées venues des régions limitrophes. Le Portugal, depuis lors, du fait de ce refus de l'Union indienne, n'a pu exercer effectivement sa souveraineté sur les territoires occupés. Ce refus systématique et délibéré constitue, à notre avis, une violation grave du droit international, violation que rien ne peut parvenir à dissimuler.

Le Gouvernement de l'Inde déclare d'ailleurs ouvertement, pour « justifier » son refus, qu'il ne veut rien faire qui puisse contribuer à mettre fin à la situation existante à Dadrá et Nagar-Aveli, comme on le constate notamment par sa note du 28 juillet 1954 adressée à la légation du Portugal à New-Delhi, et jointe au mémoire portugais (annexe 52, pp. 91-92).

C'est ce qui a déterminé le Gouvernement portugais, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à soumettre à votre haute juridiction le différend dont la Cour a été saisie par la requête du 22 décembre 1955.

Mais le moment n'est pas encore venu de discuter le fond du litige: ce qui est actuellement en cause, ce ne sont que les exceptions préliminaires que le Gouvernement indien oppose à notre action.

Les efforts déployés par le Gouvernement indien pour paralyser la juridiction de la Cour sont considérables.

Nous pensons avoir démontré dans nos écritures qu'aucune des six exceptions soulevées par la Partie adverse ne résiste à l'examen. Les plaidoiries que nous avons entendues nous obligent toutefois, sinon à répéter point par point les observations que nous avons déjà présentées, du moins à répondre aux arguments développés à cette barre par nos éminents contradicteurs.

En ce qui concerne les considérations historiques et politiques dont le Gouvernement de l'Inde a fait précéder son exposé des exceptions préliminaires, il y a lieu de rappeler l'attitude définie par le Gouvernement portugais dans les observations qu'il a présentées sur lesdites exceptions. Le Gouvernement portugais a relevé que de telles considérations n'ont rien à voir avec la matière des exceptions préliminaires et sortent même du cadre du litige; il a ajouté qu'il avait soumis à la Cour un différend d'ordre juridique et qu'il n'entendait point le laisser dévier vers d'autres sphères.

Le Gouvernement portugais s'est borné, dans ces conditions, à formuler brièvement un certain nombre d'observations sur les allégations historiques et politiques émises par le Gouvernement de l'Inde. Il l'a fait uniquement en vue de mettre en évidence l'inexactitude et le vrai caractère de ces allégations. Aussi a-t-il présenté ses observations sous forme d'annexe, sans les insérer dans le corps même de sa réponse aux exceptions.

En terminant ses commentaires sur lesdites allégations indiennes, le Gouvernement portugais a fait ressortir encore une fois qu'il n'y avait pas lieu de donner place à cette question dans le débat.

Cependant, dans ses remarques introductives, M. l'*Attorney-General* de l'Inde s'est fréquemment placé sur un terrain étranger à celui du litige, et certaines des appréciations qu'il a cru devoir émettre au sujet de l'attitude et des intentions du Portugal mériteraient sans doute d'être relevées comme peu conformes aux règles de la courtoisie internationale.

Rien, Monsieur le Président, ne serait plus facile que de répondre, sur le ton qu'il a choisi, à ses allégations. Mais, par respect pour la Cour, nous nous abstenons soigneusement de le faire.

« La Cour — a dit M. l'*Attorney-General* — ne peut apprécier la vraie nature des questions que le Portugal cherche ainsi à lui présenter si ces questions ne sont montrées pour ce qu'elles sont en fait — c'est-à-dire simplement en tant que partie du différend indo-portugais, différend non judiciaire et dont le cadre est largement politique. » (Compte rendu, p. 16.)

Après avoir affirmé cette conviction, M. l'*Attorney-General* s'est engagé dans une série de considérations analogues à celles qui figurent dans l'introduction politico-historique des exceptions préliminaires et que, répétons-le, nous rejetons fermement. Qu'il me soit permis, Monsieur le Président, de préciser une fois encore que le différend dont la Cour est saisie se situe exclusivement sur le terrain du droit international et ne doit être considéré qu'à la lumière de ce droit.

S'il en était autrement d'ailleurs, la Cour n'aurait pas compétence pour le juger. L'article 38 du Statut est formel: sa « mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis ».

Et tel est bien l'esprit dans lequel le Gouvernement portugais a déposé sa requête introductive d'instance.

Le Gouvernement de l'Inde, de son côté, a admis que le litige avait réellement ce caractère, malgré les digressions auxquelles je viens de me référer. Car s'il ne l'avait pas admis, il lui aurait fallu ajouter aux six exceptions préliminaires qu'il oppose à notre action une septième exception basée sur l'incompétence de la Cour en raison du caractère non-justiciable du différend. Comme il s'en est abstenu, son accord sur ce point est acquis, car les exceptions préliminaires doivent, d'après l'article 62 du Règlement, être présentées au plus tard « avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la Partie soulevant l'exception ».

Le présent litige se situe donc exclusivement sur le plan juridique, et c'est uniquement par des arguments juridiques que les Parties doivent faire valoir leurs raisons.

Le Gouvernement portugais espère que la Partie adverse s'en tiendra désormais à cette règle.

* * *

Quant aux autres considérations de M. l'*Attorney-General*, elles n'ont pas, non plus, à être examinées ici. Les unes se rapportent au fond du litige et sont prématurées, les autres ont trait aux différentes exceptions préliminaires, et il y sera répondu au moment où les avocats du Portugal en aborderont l'examen.

Il y en a pourtant deux dont je veux relever dès maintenant le mal-fondé. Je pense aux allégations selon lesquelles le Portugal aurait agi avec une hâte répréhensible dans l'introduction de son instance et aurait négligé de produire une documentation suffisante.

Aucune de ces deux allégations n'est fondée.

Quel avantage l'Union indienne aurait-elle pu retirer d'une introduction plus tardive de l'instance?

Nous n'en découvrons qu'un, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, l'avantage pour l'Inde de se dérober à la juridiction de la Cour en dénonçant sa déclaration d'acceptation de cette juridiction. Mais cela ne saurait manifestement servir de fondement à une critique quelconque ni à la légitimer.

L'allégation d'insuffisance de la documentation portugaise n'a pas plus de valeur.

Elle ne peut provenir que de l'interprétation erronée que le Gouvernement indien a donnée de la demande portugaise. Le Gouvernement indien a supposé que le Portugal prétendait bénéficier d'un passage à ses enclaves en pleine immunité.

Mais, en réalité, ceci n'est pas le but de la demande formulée, comme nos observations écrites l'ont déjà précisé d'ailleurs. C'est pourquoi aucune documentation tendant à prouver une immunité — qui n'est pas réclamée — n'a été produite, et n'avait à être produite.

Tout ceci sera plus complètement éclairci à propos des deuxième et cinquième exceptions.

Avec votre permission, Monsieur le Président, et après cette introduction, j'analyserai les arguments de la Partie adverse à l'appui de ses troisième et sixième exceptions préliminaires.

Mon éminent collègue M. le professeur Maurice Bourquin se chargera de répondre aux autres points, c'est-à-dire aux première, deuxième, quatrième et cinquième exceptions.

* * *

Abordons l'examen de la troisième exception.

Elle repose sur une prétendue insuffisance de négociations diplomatiques entre les deux Parties avant le dépôt de la requête d'introduction d'instance.

La thèse de l'Union indienne se divise en deux prémisses, une *de droit*, une *de fait*.

Prémisse de droit: il existe une règle coutumière de droit international selon laquelle l'introduction d'une instance par requête unilatérale doit être précédée d'une utilisation complète des négociations diplomatiques, c'est-à-dire de négociations poussées jusqu'à un point au-delà duquel elles ne peuvent plus être poursuivies utilement.

Prémisse de fait: le Portugal n'a pas agi conformément à cette règle. L'Union indienne ne nie pas — elle le reconnaît au contraire expressément — qu'il y ait eu des négociations antérieures au dépôt de la requête portugaise, mais elle prétend que ces négociations n'avaient pas épuisé toutes leurs possibilités, ou, en d'autres termes, qu'elles n'avaient pas été poussées jusqu'au moment à partir duquel il ne valait plus la peine d'insister.

Aucune de ces deux prémisses ne correspond à la réalité.

Nous allons faire leur critique, mais précisons dès maintenant que, vraiment, il n'y aurait même pas besoin de nous occuper de la première puisque les faits, comme la suite le montrera, sont de nature à satisfaire à la thèse juridique la plus exigeante.

La Partie adverse ne démontre d'aucune façon l'existence de la prétendue règle de droit international dont elle se prévaut.

En réalité, la pleine utilisation préalable de négociations diplomatiques, comme condition d'une introduction d'instance, n'est nécessaire que quand elle est exigée expressément par une *convention* à laquelle sont soumises les parties.

En l'absence d'une clause conventionnelle, ce n'est certainement pas une condition obligatoire que le litige se présente comme impossible à régler par des négociations préliminaires. Il n'y a pas de règle de droit international qui établisse une telle exigence.

* * *

L'examen de la jurisprudence de la Cour est particulièrement édifiant à cet égard.

Que nous apprend cette jurisprudence?

Elle nous apprend que l'orientation constante de la Cour peut être condensée dans les propositions suivantes:

1) Pour qu'un État puisse en citer un autre, il suffit, en principe, qu'un différend soit survenu entre eux, ou, autrement dit, une divergence d'opinions;

2) Cette divergence d'opinions existe dès que l'un des Gouvernements constate que l'attitude de l'autre est contraire à sa manière de voir;

3) On ne doit exiger le recours préalable à des négociations diplomatiques que quand cette condition est formellement requise par une clause conventionnelle;

4) Même en pareil cas les négociations peuvent se réduire à fort peu de chose, leur appréciation étant essentiellement relative, et la condition stipulée devant être considérée comme remplie dès qu'on est arrivé à un point mort.

Mettons en évidence, par quelques citations, l'exactitude de ces propositions.

La notion de « différend » a été définie par la Cour, en des termes qui sont devenus pour ainsi dire classiques, à propos de l'affaire *Mavromatis*. Il convient de les rappeler :

« Un différend — dit la Cour permanente de Justice internationale dans son arrêt du 30 août 1924 — est un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes. » (Série A, n° 2, p. 11.)

Dans l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, la Cour a été amenée à préciser les conditions dans lesquelles un différend se manifeste. Il lui appartenait d'appliquer l'article 23 de la convention de Genève, conclue entre les Gouvernements allemand et polonais, selon lequel, si des divergences d'opinions s'élevaient entre les deux Gouvernements au sujet de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22 de ladite convention, elles seraient soumises à la Cour permanente de Justice internationale. La Cour s'exprima ainsi (arrêt du 25 août 1925) :

« ... une divergence d'opinion se manifeste dès qu'un des Gouvernements en cause constate que l'attitude observée par l'autre est contraire à la manière de voir du premier. Même si la nécessité d'une contestation formelle ressortait de l'article 23, cette condition pourrait être à tout moment remplie par un acte unilatéral de la Partie demanderesse. La Cour ne pourrait s'arrêter à un défaut de forme qu'il dépendrait de la seule Partie intéressée de faire disparaître. » (Série A, n° 6, p. 14.)

Dans le même arrêt, la Cour a encore très clairement refusé un caractère général à l'exigibilité de négociations diplomatiques préalables. Celle-ci fait partie du droit international *particulier* et ne peut être prise en considération que si elle a été stipulée expressément par les Parties. Voici comment s'exprime l'arrêt à ce sujet :

« ... l'article 23, à la différence de nombreuses clauses compromissoires, mais d'accord avec certaines autres dispositions de la convention de Genève prévoyant la compétence de la Commission mixte ou du Tribunal arbitral institués par elle, ne pose pas la condition de négociations diplomatiques qui devraient être tentées en première ligne; il n'exige pas non plus qu'une procédure spéciale, de la nature de celle qui est prévue à l'article 2, n° 1, précède le recours à la Cour. La comparaison entre les diverses clauses juridictionnelles de la convention de Genève démontre, par conséquent, que la Cour peut être saisie, aux termes de l'article 23, aussitôt que l'une des Parties estime qu'il y a divergence d'opinion résultant de l'interprétation et de l'application des articles 6 à 22. » (Série A, n° 6, p. 14.)

Dans l'affaire *Mavrommatis*, l'article 26 du Mandat palestinien, sur lequel se fondait la compétence de la Cour, exigeait que le différend ne pût être réglé par des négociations. C'est pourquoi la Cour eut à examiner si cette condition était remplie. Voici en quels termes prudents et réalistes elle le fit :

« ... on a fait remarquer la rareté et le laconisme des communications ultérieures entre les deux Gouvernements, qui paraissent exclure toute idée de négociation suivie », dit la Cour. « L'objection sera réduite à sa juste valeur si l'on considère que l'appréciation de l'importance et des chances de réussite d'une négociation diplomatique est essentiellement relative. Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée; cette conversation a pu être très courte: tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique. » (Série A, n° 2, p. 13).

Il résulte donc très clairement des arrêts cités que la priorité des négociations diplomatiques ne doit pas entrer en ligne de compte si elle n'a pas été convenue et que, même alors, ces négociations n'ont pas besoin d'être longues: il suffit qu'elles aient atteint un point au-delà duquel elles ne laissent plus apercevoir de possibilités de succès.

* * *

La jurisprudence ainsi fixée, dès 1924 et 1925, dans les affaires *Mavrommatis* et *Haute-Silésie*, n'a pas subi de modifications postérieurement. La Cour actuelle, aussi bien que la Cour permanente de Justice internationale, y est toujours restée fidèle. C'est ce qu'on infère des arrêts suivants:

- Arrêt du 16 décembre 1927, rendu sur *l'Interprétation des Arrêts nos 7 et 8 relatifs à l'usine de Chorzów* (Série A, n° 13, pp. 10-11);
- Arrêt du 12 juillet 1929, sur les *Emprunts serbes* (Série A, n° 20, p. 18);
- Arrêt du 4 avril 1939, sur la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* (Série A/B, n° 77, p. 83);
- Avis consultatif du 30 mars 1950 sur *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie* (Recueil 1950, p. 74).

Dans toutes ces décisions la Cour reste fidèle à la ligne qu'elle a fixée dans les affaires *Mavrommatis* et *Haute-Silésie*. Comme dans celles-ci, elle s'abstient toujours d'exiger l'épuisement des moyens diplomatiques si cette condition n'a pas été expressément formulée dans le texte d'une convention. En dehors de cette hypothèse, elle ne requiert que l'existence d'un *differend*, ou, autrement dit, d'une *divergence d'opinions ou de vues* entre les gouvernements en cause. Ce minimum satisfait, le cas peut être soumis immédiatement à l'appréciation de la Cour par la requête de l'une des deux parties intéressées.

Ainsi, dans le premier arrêt ci-dessus mentionné (celui du 16 décembre 1927, relatif à l'usine de Chorzów), la Cour reprend l'argumentation énoncée dans l'affaire de la *Haute-Silésie* et se contente d'une simple *divergence de vues* entre les Gouvernements, divergence qui n'a pas à s'extérioriser par un procédé déterminé — par exemple par des négociations diplomatiques — mais qui existera dès que les Gouvernements auront manifesté des opinions contraires sur un certain point.

Dans l'affaire des *Emprunts serbes*, la Cour considéra encore comme suffisante l'existence d'un *différend* entre les États intéressés et admit que cette condition se trouvait remplie dès que la *divergence de vues* qui séparait le Gouvernement serbe de ses créanciers passa sur le plan des relations entre ce Gouvernement et le Gouvernement français.

Pour ce qui est de l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, l'appréciation de la Cour, sur le point qui nous intéresse, a porté exclusivement sur la question de savoir s'il y avait ou non un véritable *différend* à propos du caractère discriminatoire de la loi bulgare du 3 février 1936. La question se posait parce que cette partie de l'objet de la requête belge n'avait pas été comprise dans la réclamation adressée auparavant au Gouvernement bulgare. La Cour n'énonça, d'aucune façon, la thèse générale de la nécessité d'une tentative de solution par voie diplomatique.

Enfin, dans le procès qui eut pour objet *l'Interprétation des traités de paix*, l'attitude de la Cour resta la même. Dans l'avis consultatif émis au sujet de cette affaire, la Cour a posé la question suivante:

« En premier lieu, ressort-il de la correspondance diplomatique échangée entre la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, d'une part, et certaines Puissances alliées et associées, signataires des traités de paix, d'autre part, qu'il existe des différends? » (*Recueil 1950*, p. 74.)

A cette question, la Cour a répondu que

« L'existence d'un différend international demande à être établie objectivement. Le simple fait que l'existence d'un différend est contestée ne prouve pas que ce différend n'existe pas. » (*Recueil 1950*, p. 74.)

Et elle dit plus loin:

« Il s'est donc produit une situation dans laquelle les points de vue des deux Parties, quant à l'exécution ou à la non-exécution de certaines obligations découlant des traités, sont nettement opposés. En présence d'une telle situation, la Cour doit conclure que des différends internationaux se sont produits. » (*Recueil 1950*, p. 74.)

D'après ce qui ressort de ces judicieuses affirmations, l'exercice de votre haute juridiction, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ne dépend que de l'existence d'un différend international; il ne suffit pas de contester l'existence de celui-ci pour qu'on puisse donner comme prouvé que le différend n'existe pas; pour que celui-ci s'élève il suffit que les États aient manifesté *des vues opposées* au sujet d'une question déterminée.

Ceci n'implique aucunement l'exigence d'une tentative plus ou moins poussée de solution par voie diplomatique. Ce qui est requis, c'est

uniquement l'existence d'un différend résultant d'une opposition de vues manifestée par les États.

* * *

Si nous parcourons les travaux de la doctrine sur la matière, nous constatons qu'elle interprète la jurisprudence dans le même sens que nous; et vraiment, une autre interprétation serait inadmissible. Cette jurisprudence a reçu la franche approbation de jurisconsultes comme Hudson (*The Permanent Court of International Justice*, pp. 413-416), Magyari (*Juridiction de la Cour permanente de Justice internationale*, pp. 201-202) et Waldock (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1956, pp. 204-206).

L'intéressante étude de M. le professeur Waldock intitulée *Decline of the Optional Clause (British Year Book of International Law, 1955-1956)* mérite un rappel particulier:

« En l'absence — écrit-il — d'une clause spécifique à cette fin dans l'une des déclarations, l'épuisement préalable des moyens diplomatiques n'est pas une condition de l'exercice de la juridiction de la Cour aux termes de la clause facultative. Il apparaît qu'il doit y avoir eu un échange de vues suffisant entre les Parties pour établir l'existence d'un différend; mais c'est là tout ce que le Statut exige. » (P. 266, note 1.)

Cette affirmation est produite en liaison avec celle-ci:

« ... un État, en face de la possibilité que son adversaire mette fin à tout moment à son adhésion à la clause facultative, risque de perdre son droit de recours aux termes de cette clause s'il ne dépose promptement une requête dès qu'un différend existe. » (P. 266.)

Le professeur Waldock fait ainsi ressortir que, quand un État a un différend avec un autre État qui peut mettre fin sans préavis à son acceptation de la clause facultative, il court le risque de perdre le droit de le citer s'il n'introduit pas *immédiatement* une requête devant la Cour — ce qui est évidemment incompatible avec la poursuite des négociations diplomatiques.

Il serait difficile de rencontrer une réfutation plus incisive et plus convaincante des thèses indiennes.

De son côté M. le professeur Guggenheim s'exprime, dans ses écrits, en termes beaucoup moins catégoriques que ceux employés par le Gouvernement de l'Inde, et par lui-même d'ailleurs dans sa plaidoirie à laquelle nous sommes en train de répondre.

« Il n'y a pas de doute — dit-il — que la réserve des négociations diplomatiques est d'un usage généralisé dans les clauses de juridiction. On peut même se demander si la condition des négociations diplomatiques préalables est d'un usage si fréquent et si universellement reconnu qu'elle en est devenue obligatoire même sans mention particulière dans une clause de juridiction. Quelle que soit la réponse à cette question, il y a donc lieu de retenir cette clause... » (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1952, I, pp. 462-463.)

Il s'exprime en termes analogues dans son *Traité de Droit international public*, tome II, 1954, page 149, note 1.

Le professeur Guggenheim, donc, dans ces études n'affirme pas l'existence de la règle générale du préalable diplomatique. Il se borne prudemment à poser le problème.

Au paragraphe 48 de ses exceptions préliminaires, le Gouvernement de l'Inde se réfère aux volumes de 1952 et de 1954 de l'*Annuaire de l'Institut de Droit international*, dans la partie relative à « l'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice », question qui fut l'objet d'un rapport du professeur Guggenheim. Cette référence vient immédiatement après la phrase suivante dudit paragraphe 48 :

« Même en l'absence de telle condition expresse [c'est-à-dire, la condition de négociations préalables], la doctrine et la jurisprudence exigent que les négociations diplomatiques soient poursuivies jusqu'au point où il ne serait plus possible de les poursuivre davantage avant de s'en remettre à la Cour. »

L'autorité de l'Institut appuie-t-elle cette affirmation, comme le laisserait croire cette référence ?

Les travaux de l'Institut avaient pour but d'élaborer une clause-modèle destinée à être éventuellement insérée dans des conventions futures, dont le caractère obligatoire serait donc restreint aux conventions où elle aurait été adoptée.

M. le professeur Guggenheim proposa que par cette clause fussent soumis à la compétence de la Cour les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de conventions, *et qui n'auraient pas été réglés par voie diplomatique* ou par d'autres procédures de solution pacifique éventuellement convenues entre les Parties. (*Annuaire*, 1952, I, p. 468; 1954, I, p. 342.)

Mais, pour se faire une idée de l'ensemble des travaux de l'Institut, il ne suffit pas de se référer à ceux dont les volumes de 1952 et de 1954 nous donnent connaissance. Il faut en outre prendre en considération ce qui s'est passé à la session de Grenade de 1956. A Grenade, la question des négociations diplomatiques ayant été mise aux voix, il fut décidé, *à la forte majorité de 40 voix contre 15*, de ne pas faire allusion à des négociations (*Annuaire*, p. 217).

Dans ses plaidoiries le professeur Guggenheim a cité différents orateurs qui intervinrent dans les débats. La pensée complète de ces orateurs ne pourrait être comprise qu'en reproduisant intégralement le compte rendu de leurs interventions. Je m'abstiendrai cependant de le faire pour ne pas lasser l'attention de la Cour.

Notre honorable contradicteur est d'avis que les membres de l'Institut, nonobstant leur rejet de sa proposition d'adoption de la clause du préalable diplomatique, auraient admis l'existence de cette condition comme une règle générale du droit actuel. Or cette conclusion, me semble-t-il, ne ressort nullement de la lecture du compte rendu des débats de Grenade.

Le professeur Waldock en particulier, qui fit un long exposé, soutint que ladite condition ne faisait pas partie du droit existant ni n'était souhaitable *de lege ferenda*.

Le Gouvernement portugais a transcrit au paragraphe 53 de ses observations le compte rendu de cette intervention. Je m'abstiens de le répéter ici dans son entier.

Je rappellerai pourtant que le professeur Waldock démontra, notamment par l'examen de la jurisprudence, que le préalable diplomatique n'est pas obligatoire et mit de plus en relief les graves dangers qu'il contient.

«... tout ce que l'on peut légitimement désirer — dit l'orateur selon le compte rendu de l'Annuaire — peut être obtenu par le moyen du terme « différend », car la Cour a plusieurs fois indiqué qu'elle exigeait que la question à elle soumise eût atteint le stade de différend. Le seul résultat qu'aurait l'insertion de la clause traditionnelle serait d'inciter les Parties à soulever des exceptions préliminaires et à utiliser des moyens dilatoires. » (P. 205.)

Permettez-moi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de faire remarquer, en passant, que c'est exactement ce qu'ont fait nos adversaires — *même en l'absence d'une telle clause.*

* * *

M. le Professeur Guggenheim, dans ses plaidoiries sur la troisième exception, a invoqué la jurisprudence de la Cour à l'appui de la thèse indienne.

Mais, ainsi qu'il résulte de l'exposé que nous venons de faire, cette jurisprudence ne fournit aucun fondement à ladite thèse.

Le professeur Guggenheim a plus d'une fois affirmé, conformément à ce que soutiennent les écritures du Gouvernement de l'Inde, que même en l'absence de toute clause conventionnelle, les négociations diplomatiques doivent être poursuivies jusqu'à un point mort (*deadlock*); il a mentionné divers arrêts de la Cour comme consacrant cette doctrine. Or si je réussis à bien les interpréter, aucun d'entre eux ne le fait.

C'est ainsi que notre distingué contradicteur, citant la décision rendue dans l'affaire *Mavrommatis*, affirme (compte rendu, pp. 55-56) que la Cour, « avant de se tourner vers l'interprétation de l'article 26 du Mandat palestinien, qui prévoit l'obligation de recourir aux négociations diplomatiques », a énoncé les deux propositions suivantes :

Première proposition : « La Cour se rend bien compte de l'importance de la règle suivant laquelle ne doivent être portées devant elle que les affaires qui ne sont pas susceptibles d'être réglées par des négociations » ;

Deuxième proposition : « Avant qu'un différend fasse l'objet d'un recours ... il importe que son objet ait été nettement défini au moyen de pourparlers diplomatiques » (Série A, n° 2, p. 15).

Mais qu'il me soit permis de signaler respectueusement que la Cour n'a pas énoncé cette doctrine *avant de se tourner vers l'interprétation de l'article 26 du Mandat palestinien*, mais bien qu'elle l'a formulée à l'occasion de cette interprétation.

Les passages mentionnés, en effet, se trouvent à la fin du chapitre consacré à l'examen de la seconde condition de l'article 26 du Mandat palestinien : celle qui exige que le différend ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations. Ces passages donc se rapportent clairement à cette disposition conventionnelle.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette circonstance, à elle seule, suffit à faire s'écrouler l'affirmation de notre honorable contradicteur selon laquelle ladite décision aurait consacré le caractère *général* de la règle de l'épuisement préalable des négociations diplomatiques.

C'est encore en se référant à l'affaire *Mavrommatis* que le conseil de la Partie adverse a attribué à Politis, représentant du Gouvernement grec, demandeur en l'espèce, la reconnaissance d'un caractère absolu et général à la règle des négociations diplomatiques. Cette conclusion se déduirait des affirmations suivantes de Politis :

Première affirmation: « Entre États, comme entre particuliers, il ne faut considérer le recours à la justice que comme un moyen suprême. Entre États, comme entre particuliers, vaut la maxime: un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. » (Série C, n° 5-I, p. 52).

Deuxième affirmation: « Le Gouvernement qui agit en justice doit avoir fait loyalement son possible pour s'arranger, il ne doit recourir à la justice que lorsqu'il est arrivé à la conviction que tout accord direct est impossible. » (Série C, n° 5-I, p. 53.)

Mais ces passages, qu'il me soit permis de le dire, ne peuvent être considérés isolément; il faut les replacer dans leur contexte que voici :

« Mais ce qu'il faut surtout voir, au-dessus et au-delà des formes — dit Politis —, c'est la raison pour laquelle l'article 26 met comme condition au recours devant vous qu'il s'agisse d'un litige qui ne soit pas susceptible d'être réglé par des négociations diplomatiques.

Cette raison est vraiment trop facile à découvrir: c'est que [et voici maintenant le premier texte cité par le professeur Guggenheim], entre États comme entre particuliers, il ne faut considérer le recours à la justice que comme un moyen suprême. Entre États comme entre particuliers vaut la maxime: Un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès. »

Et Politis observe :

« C'est pour inciter les États à tâcher d'abord de s'entendre par la voie diplomatique que cette condition a été mise. »

L'autre texte cité par le professeur Guggenheim se trouve dans l'original à la suite de ceux-ci.

Le représentant de la Grèce n'a donc nullement reconnu le prétendu caractère général du « préalable diplomatique ».

Il suppose, tout au contraire, que celui-ci ne sera obligatoire que si une clause l'exige. C'est seulement, a-t-il en effet expliqué, pour inciter les États à recourir à la voie diplomatique que cette condition a été insérée dans l'article 26 du Mandat palestinien. Les États n'auront donc pas, en l'absence de cette condition, à essayer de résoudre leurs différends par cette voie.

Le professeur Guggenheim juge encore favorable à la thèse indienne la jurisprudence de la Cour dans les affaires de la *Haute-Silésie*, de l'interprétation des arrêts nos 7 et 8 (*usine de Chorzów*), de la *Compagnie d'Électricité de Sofia* et de l'*Interprétation des traités de paix*.

Mais, comme nous avons déjà eu l'occasion de le démontrer, en aucune de ces affaires la Cour n'a énoncé ni appliqué, à mon humble opinion, une thèse générale de la nécessité d'un essai de solution par voie diplomatique.

Elle s'est, au contraire, dans toutes ces affaires, contentée de l'existence d'un différend et a accepté cette existence dès qu'une divergence de vues s'est établie entre les États.

L'emploi complet des négociations, c'est-à-dire leur poursuite jusqu'à un point mort, est donc hors de question.

De l'arrêt relatif à l'*Usine de Chorzów*, le professeur Guggenheim dans ses plaidoiries (compte rendu, p. 56) a cité un passage de la façon suivante :

« Il paraît bien désirable qu'un État ne procède pas à une démarche aussi sérieuse que l'assignation d'un autre État devant la Cour, sans avoir auparavant tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vues qui ne put être dissipée autrement. » (Série A, n° 13, pp. 10-11.)

Permettez-moi, Monsieur le Président, de relever le texte complet de l'arrêt, et celui-ci est le suivant :

« ... sans avoir auparavant, dans une mesure raisonnable, tâché d'établir clairement qu'il s'agit d'une différence de vues », etc.

La formule limitative « dans une mesure raisonnable » a une valeur sur laquelle point n'est besoin d'insister.

D'autre part, la phrase citée par le professeur Guggenheim est intercalée entre deux autres qui font partie de la même période et qui, je le pense, sont absolument essentielles à l'intelligence de l'arrêt.

En effet, la Cour dit en premier lieu :

« Pour ce qui est du terme « contestation », la Cour constate que l'article 60 du Statut, d'après sa teneur, n'exige pas que l'existence de la contestation se soit manifestée d'une certaine manière, par exemple par des négociations diplomatiques. » (Série A, n° 13, p. 10.)

La Cour dispense donc expressément du recours à des négociations diplomatiques comme condition de recevabilité de la demande.

Vient ensuite la phrase citée par le professeur Guggenheim, puis celle-ci :

« Mais, vu la teneur du texte, la Cour estime n'avoir pas à exiger que la contestation se soit formellement manifestée; à son avis, il doit suffire que les deux Gouvernements aient en fait manifesté des opinions opposées... »

La lecture du contexte montre par conséquent, semble-t-il, que l'arrêt a justement une signification contraire à celle qu'on pourrait tirer d'une de ces phrases, prise isolément, citée par mon estimé contradicteur.

Le professeur Guggenheim se prévaut aussi de l'opinion dissidente du juge Hudson émise à propos de l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia* (compte rendu, p. 54).

Mais ici encore, pour pénétrer la pensée exacte du juge Hudson, il faut lire, outre le texte cité par le professeur Guggenheim, les deux phrases qui l'encadrent.

La phrase qui précède dit :

« Dans le passé, la Cour a souligné l'importance des négociations préalables, et, là où la condition est expressément énoncée dans un traité, on ne peut la laisser de côté. » (Série A/B, n° 77, p. 132.)

Et celle qui suit :

« Le point précis auquel il est possible de dire à juste titre que les négociations entamées ne peuvent aboutir à la solution du différend peut dépendre, comme l'a reconnu la Cour, « de l'appréciation des États intéressés ». » (Série A/B, n° 77, pp. 132-133.)

Le juge Hudson déclare donc qu'on ne peut laisser de côté la condition de négociations préalables quand elle est expressément énoncée dans un traité, ce qui suppose évidemment qu'en dehors de ce cas cette condition ne joue pas; et il laisse la possibilité de succès de négociations entamées à l'appréciation des États intéressés.

* * *

En ce qui regarde la position assumée par le professeur Sauser-Hall au cours de ses allégations verbales dans l'affaire *Nottebohm*, le Gouvernement portugais a eu l'occasion, aux paragraphes 48 et 49 des observations sur les exceptions préliminaires, d'en dire assez pour l'expliquer comme il se doit.

Je ne pense donc pas nécessaire de revenir sur ce point.

* * *

L'argument historique confirme aussi, à mon avis, la thèse soutenue par nous selon laquelle, en l'absence de clause spéciale, le recours au préalable diplomatique n'est pas obligatoire.

Le projet élaboré par la commission dite Commission des Dix avait établi, en réalité, dans son article 33, la nécessité d'employer cette voie. L'article disait :

« Lorsqu'un différend surgit entre États, qu'il n'a pu être réglé par la voie diplomatique et que l'on n'est pas convenu de choisir une autre juridiction, la partie qui se prétend lésée peut en saisir la Cour. » (*Procès-verbaux des séances de Comité*, p. 726.)

Mais cet article fut éliminé par le Conseil de la Société des Nations et remplacé par un autre qui se bornait à énoncer que la compétence de la Cour était réglée par les articles 12, 13 et 14 du Pacte. (*Société des Nations, Cour permanente de Justice internationale*, p. 47.)

L'Assemblée, à son tour, modifia le texte présenté par le Conseil en établissant, sur proposition du délégué brésilien Raul Fernandes, le texte de l'article 36 du Statut de la Cour permanente, reproduit dans le Statut actuel. (*Société des Nations, Cour permanente de Justice internationale*, p. 263.)

Or ce texte, à l'inverse de celui de l'article 33 du projet primitif, ne fait pas dépendre la compétence de la Cour de l'emploi préalable de négociations diplomatiques. On y garde un silence total sur de telles négociations.

Ce mutisme est très significatif, d'autant plus significatif que Raul Fernandes avait participé aux travaux de la Commission des Dix et avait donc, évidemment, présent à l'esprit le problème du préalable diplomatique qu'on y avait discuté.

Raul Fernandes avait même, à un certain moment, dans cette Commission, exprimé ce doute :

« Est-ce qu'une question ne peut être portée devant la Cour que si toutes les voies diplomatiques ont été tentées? » (*Procès-verbaux*, p. 263.)

L'article 36 du Statut, en se taisant sur ce point, a donc donné une réponse négative à la question.

Telle est aussi l'opinion du professeur Waldock, comme cela ressort du compte rendu de son intervention pendant la session de 1956 de l'Institut de droit international.

« L'orateur — lit-on dans l'*Annuaire* — rappelle que la clause facultative de compétence obligatoire de la Cour permanente de Justice internationale ne contenait aucune trace de cette clause traditionnelle. L'article 14 du Pacte de la Société des Nations s'y référait, lui, de façon indirecte. Le Comité des Juristes n'a pas été suivi, lorsqu'il a proposé l'insertion de cette même référence, contenue dans l'article 14 du Pacte, dans la nouvelle clause facultative. » (P. 204.)

Ce qu'écrit Bustamante, dans *El Tribunal Permanente de Justicia Internacional*, pages 98 et suivantes, sur l'histoire de l'article 36 du Statut mérite aussi d'être lu.

* * *

Il faut noter encore que si la clause du préalable diplomatique apparaît fréquemment dans les traités, elle est néanmoins rare dans le domaine particulier — qui nous intéresse — de la clause facultative. Comme l'observe le professeur Waldock :

« ... très peu de déclarations d'État d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour contiennent cette clause traditionnelle du préalable des négociations diplomatiques ». (*Annuaire de l'Institut de Droit international*, 1956, p. 204.)

* * *

En un mot, l'emploi préalable de la voie diplomatique pour essayer de régler un différend n'est obligatoire qu'en vertu d'une clause conventionnelle. La coutume internationale ne l'exige pas. Et même imposé par une convention, cet emploi doit être apprécié en termes raisonnables et en harmonie avec les circonstances, dans chaque cas particulier.

Il suffit, en l'absence d'une clause spéciale, de l'existence d'un différend ; il n'est nullement nécessaire qu'on ait vainement tenté de l'aplanir par les procédés diplomatiques.

Or dans le présent litige, les Parties ne sont liées à cet égard par aucun lien conventionnel.

Il est donc suffisant qu'un différend ait surgi entre elles.

Qui pourrait nier que cette condition est remplie ?

Je vais encore plus loin. Si par hypothèse il existait une clause conventionnelle applicable à ce litige et exigeant le recours à des préliminaires diplomatiques, nous affirmons que cette exigence aurait été amplement et indiscutablement satisfaite.

En réalité, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le dossier contient une abondante correspondance échangée entre les Parties avant l'introduction d'instance d'où il ressort que la voie diplomatique a été largement employée pour arriver à une solution à l'amiable, mais qu'elle le fut sans succès. Il n'y avait plus la moindre probabilité d'aboutir par cette voie au moment où la question a été soumise à l'appréciation de cette Cour.

C'est ce qui, je crois, résulte avec évidence de l'exposé suivant.

[Audience publique du 1^{er} octobre 1957, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans l'exposé au sujet de la troisième exception indienne que j'ai eu l'honneur de vous présenter au cours de la séance d'hier, j'ai dit que la thèse de la Partie adverse se divisait en deux prémisses: une prémissse de droit et une prémissse de fait.

La prémissse de droit réside dans l'invocation d'une prétendue règle coutumière de droit international selon laquelle l'introduction d'une instance devrait être précédée de l'épuisement des négociations diplomatiques.

La prémissse de fait réside dans l'allégation que le Portugal ne se serait pas conformé à cette règle.

Je me suis arrêté, en premier lieu, à l'analyse de la prémissse de droit et j'ai cherché à démontrer son inexactitude.

Cette analyse m'a amené à la conclusion qu'en l'absence d'une clause spéciale, l'épuisement préalable des négociations diplomatiques n'est nullement nécessaire à l'introduction d'une instance. Il est suffisant qu'un différend se soit élevé entre les Parties intéressées.

Or on constate, sans aucun doute, l'existence de cette condition dans la présente affaire.

Et d'ailleurs, si l'utilisation complète de négociations diplomatiques devait être exigée, cette exigence se découvrirait comme étant largement satisfaite. Le Gouvernement portugais a cherché par tous les moyens à résoudre à l'amiable un différend qui le sépare de l'Union indienne, avant de le soumettre à votre haute appréciation. Il a même fait beaucoup plus que ce qu'on aurait pu raisonnablement exiger de lui s'il avait été assujéti à la condition du préalable diplomatique. C'est ce qui résulte, à mon sens, de l'exposé des faits que je vais vous présenter.

* * *

Il faut remonter à l'époque où le Gouvernement indien prit la décision de fermer sa légation à Lisbonne. Cette décision fut communiquée au Gouvernement portugais par une note du 1^{er} mai 1953 (mémoire, annexe 32). Le Gouvernement indien y confirme sa note du 14 janvier 1953 où il avait fait savoir qu'aucune entente entre les deux Gouvernements n'était possible sur une autre base que celle du *transfert direct des territoires portugais de l'Hindoustan à l'Union indienne* et où il conviait le Gouvernement portugais à entamer des négociations en vue de ce transfert.

Cette proposition n'ayant pas reçu un accueil favorable, le Gouvernement indien en conclut, dans sa note du 1^{er} mai, que sa légation à Lisbonne *avait cessé d'avoir une utilité pratique*.

Il faut souligner cette attitude du Gouvernement de l'Inde, car elle crée l'ambiance dans laquelle vont se dérouler toutes les conversations postérieures. Celles-ci, d'après sa façon de voir, étaient inutiles, à moins d'avoir pour base un transfert de souveraineté.

Le Gouvernement portugais répond par sa note du 15 mai 1953 (mémoire, annexe 33). On y mentionne la surprise causée par la communication indienne; il y est dit qu'on ne peut admettre que la légation indienne à Lisbonne perde sa raison d'être du fait que le Portugal n'acquiesce pas aux exigences formulées par l'Inde; on affirme que l'utilité de ladite légation serait d'entretenir et de fortifier l'amitié entre les

deux États et *d'aider à résoudre les multiples problèmes concrets découlant du voisinage*; on termine en manifestant l'espoir que l'Union indienne reconsidérera son projet de fermeture de sa légation.

Cet espoir fut totalement déçu. Le Gouvernement de l'Inde, sans même répondre à l'argument de la note portugaise en faveur du maintien de sa légation, fit savoir, par un bref communiqué du 26 mai 1953, qu'elle serait fermée le 11 juin suivant (mémoire, annexe 34).

Ce fait de la suppression de la mission diplomatique indienne au Portugal, par décision unilatérale du Gouvernement de l'Inde, fixe, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le cadre dans lequel vont s'intégrer les relations ultérieures des deux pays et en fonction duquel il faut les considérer.

Vint ensuite, faisant partie de l'orientation générale des rapports du Gouvernement de l'Inde avec le Portugal, une série — toute une série — de restrictions imposées par celui-là aux relations entre Damão, Dadrá et Nagar-Aveli.

Ces restrictions se multiplièrent, rendant l'administration des enclaves chaque jour plus difficile, et aboutirent à une rupture complète des communications avec elles. En conséquence de cette attitude du Gouvernement indien, il devint impossible de résister efficacement aux attaques dont ces territoires furent l'objet à la fin du mois de juillet 1954.

Au fur et à mesure qu'elles avaient été prises, ces dispositions avaient suscité de la part des autorités portugaises des protestations réitérées.

Tous ces faits sont rapportés plus en détail aux paragraphes 31 à 39 du mémoire et aux paragraphes 60 et 61 des observations sur les exceptions préliminaires. Je me permets, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, d'attirer respectueusement sur eux votre attention.

* * *

Les attaques de Dadrá et de Nagar-Aveli engendrèrent un nouvel et abondant échange de correspondance diplomatique entre le Gouvernement indien et le Gouvernement portugais: celui-ci s'efforçant à plusieurs reprises de résoudre à l'amiable par ce moyen la situation créée, mais en vain.

Cette correspondance a déjà été analysée en détail, aux paragraphes 62 et 75 des observations sur les exceptions préliminaires. Cette analyse me dispense d'entrer ici dans de grands développements. Je pense qu'il me suffira de présenter une synthèse de ce qui s'y trouve exposé.

La petite enclave de Dadrá fut envahie et occupée au cours des journées du 21 et 22 juillet 1954; dès le 24 juillet, le Gouvernement portugais adressait au Gouvernement indien une note de protestation formelle contre cette agression (mémoire, annexe 50). Dans cette note étaient réclamées les *facilités nécessaires pour le passage des forces armées portugaises et des autorités de Damão*, se rendant à Dadrá pour y rétablir l'ordre.

Quelques jours plus tard, des rumeurs parvenaient au Gouvernement portugais selon lesquelles des agressions analogues à celles de Dadrá se perpétueraient contre Nagar-Aveli. Le Gouvernement portugais ne pouvait savoir avec certitude ce qui se passait, les autorités indiennes l'ayant mis dans l'impossibilité absolue de communiquer avec les enclaves.

Cette situation l'amena à adresser au Gouvernement indien la note du 26 juillet (mémoire, annexe 51), par laquelle il réclamait les facilités et les garanties nécessaires *pour que des délégués sans armes du gouverneur*

du district de Damão puissent se rendre sans retard à Nagar-Aveli, entrer en contact avec la population isolée, examiner la situation et prendre les mesures administratives primordiales, nécessaires à l'exercice de l'autorité. Dans le désir de faciliter les choses, on allait jusqu'à suggérer une réduction éventuelle de la délégation à trois personnes, au cas où le Gouvernement indien le souhaiterait ainsi. En outre, on insistait sur l'opportunité de faire examiner les événements en cours, non seulement à Nagar-Aveli mais aussi à Dadrá, sans préjudice de la note du 24 juillet.

Le Gouvernement indien répondit le 28 juillet aux notes portugaises des 24 et 26 (mémoire, annexe 52). Mais en quels termes? Il rejeta catégoriquement les réclamations contenues dans ces notes; et il refusa péremptoirement de faciliter le passage soit *d'autorités et de forces armées* soit de *délégués sans armes*. Le Gouvernement indien s'est vraiment exprimé là de manière à éliminer tout espoir d'accord.

Nonobstant ce qui a été exposé, le Gouvernement portugais essaya encore, avec persistance, de parvenir à une solution à l'amiable. D'où une nouvelle série de notes échangées entre les deux pays, parmi lesquelles celles spécifiées au paragraphe 65 de nos observations écrites présentent un intérêt particulier.

Cette correspondance, non plus, n'aboutit à aucun résultat.

Le Gouvernement portugais y avait réclamé à nouveau *les facilités de passage indispensables au prompt rétablissement de l'autorité effective de l'État portugais sur les territoires usurpés* (note du 13 août 1954, par. 16, observations et conclusions, annexe 6; note n° 2 du 30 août 1954, exceptions préliminaires, annexe C, n° 81).

En réponse, le Gouvernement indien maintint purement et simplement son refus de concéder les facilités réclamées (note du 1^{er} septembre 1954, paragraphe 10, exceptions préliminaires, annexe C, n° 82).

Sans s'arrêter là, le Gouvernement portugais, par sa note du 6 septembre 1954 (mémoire, annexe 53), fit encore une autre tentative pour trouver un remède à la situation créée dans les enclaves. Il suggéra à cette fin la possibilité de s'en remettre à des *nationaux de tierces Puissances*, désignés par le Portugal pour un examen de la situation *in loco*. Cette suggestion fut faite parce que dans sa note du 28 juillet 1954 le Gouvernement indien avait allégué que l'excitation populaire empêcherait des délégués portugais de traverser en sécurité le territoire indien. Mais la note portugaise précisait clairement que la nouvelle solution proposée n'était dictée que par la nécessité d'une action immédiate et *n'impliquait nullement l'abandon des réclamations précédentes*.

Dans cette note, on mettait l'accent sur l'ampleur qu'avaient prises, sans aucun résultat pratique, les négociations diplomatiques entre les deux pays qui étaient arrivées à un véritable point mort.

Une fois de plus, l'attitude indienne fut de rejeter catégoriquement les revendications portugaises. Ce rejet se trouve exprimé au paragraphe 45 de la note indienne du 10 septembre 1954, reproduite à l'annexe 5 du mémoire portugais et dont voici le contenu:

« Le Gouvernement de l'Inde a expliqué à maintes reprises les raisons pour lesquelles il ne concède pas de facilités de transit à des fonctionnaires portugais ni à la police portugaise. Étant donné la situation existante, il n'est pas disposé à modifier sa décision. En ce qui concerne les facilités de transit pour des étrangers, le Gouvernement de l'Inde désire faire remarquer que tous ceux qui prétendent

à de telles facilités doivent se plier aux règlements habituels relatifs aux passeports. Le Gouvernement de l'Inde n'accepte pas la prétention du Gouvernement portugais selon laquelle il aurait le droit d'exiger des facilités quant au transit ou aux passeports de ressortissants d'autres pays. »

Comme on le voit, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'Union indienne oppose une fois de plus un refus formel aux demandes portugaises, confirmant ainsi l'inutilité d'une poursuite des négociations diplomatiques.

* * *

On a déjà rappelé la façon dont l'Union indienne décida de fermer sa légation à Lisbonne, fermeture qui fut effectuée le 11 juin 1953.

En 1955 le Gouvernement indien alla encore plus loin et, par la note du 25 juillet, il demanda au Gouvernement portugais de fermer sa propre légation à New Delhi. Il lui indiqua la date du 8 août suivant pour le faire (observations et conclusions, annexe 18). Le Gouvernement portugais n'avait pas le choix : sa légation fut fermée. (Note portugaise du 6 août 1955.) (Observations et conclusions, annexe 19.)

Le Gouvernement portugais saisit l'occasion pour protester fermement, une fois de plus, contre la situation où se trouvaient les territoires de Dadra et de Nagar-Aveli et pour revendiquer le droit d'accès à ces territoires. Tel est l'objet de sa seconde note du même jour (exceptions préliminaires, annexe C, n° 88).

* * *

Il résulte de toutes les considérations précédentes que le Portugal a adressé à l'Union indienne des protestations énergiques et répétées, mais toujours sans succès.

Ce n'était plus, après cela, au Portugal qu'il appartenait d'insister. C'était à l'Inde de lui communiquer un éventuel changement d'attitude. Et, en tout cas, c'est l'Inde qui avait à répondre à cette seconde note du 6 août — ce qu'elle n'a jamais fait.

Les données du problème n'ont pas été modifiées par le fait que le Portugal a accepté la clause facultative. Cette acceptation n'a rien à voir avec les négociations diplomatiques et ne pourrait évidemment pas forcer le Portugal à répéter par cette voie ce qu'il avait déjà dit si souvent sans résultat, et en dernier lieu par une note à laquelle l'Inde n'a même pas répondu.

* * *

Un autre aspect de l'argumentation indienne doit retenir l'attention.

La Partie adverse soutient que les négociations se seraient déroulées sur le plan politique et non sur le plan juridique.

Au cours de ses réclamations, dit-elle, le Portugal n'aurait jamais fait état des droits qu'il allègue devant la Cour, il n'aurait jamais donné à connaître l'objet de la réclamation qu'il lui soumet.

L'inexactitude de cette affirmation est prouvée, me semble-t-il, par l'examen des documents.

Ainsi, dans les protestations contre les mesures restrictives qui précéderent les attaques des enclaves, il fut mis en relief combien la conduite

de l'Inde était contraire aux usages internationaux, à la pratique de bon voisinage et de coopération internationale, aux principes pacifistes proclamés par le Gouvernement indien et comment, outre qu'elle nuisait aux intérêts des autochtones, elle offensait les droits souverains du Portugal.

De leur côté les protestations provoquées par les attaques se situent clairement, elles aussi, sur le plan juridique. C'est ce que montre la lecture des notes portugaises, déjà citées par nous, des 24 juillet, 26 juillet, 22 août (note n° 2) et 6 septembre 1954 et du 6 août 1955 (note n° 2). Cela ressort encore de la lecture d'autres documents tels que la note du 16 novembre 1954 adressée par la légation du Portugal au ministère des Affaires étrangères de l'Inde, les communiqués du ministère des Affaires étrangères du Portugal des 7, 10 et 12 septembre 1954, le discours du président du Conseil portugais du 30 novembre 1954 (exceptions préliminaires, annexe C, n° 87; observations et conclusions, annexes 14 à 17).

Tous ces documents mettent en évidence que Dadrá et Nagar-Aveli ont été l'objet d'agressions armées venues de la zone de l'Union indienne limitrophe des enclaves, avec usurpation violente de territoires relevant de la souveraineté portugaise; que l'Union indienne est responsable de ces événements; que le Portugal a le droit de passage pour se rendre à ces enclaves et que l'Union indienne a le devoir corrélatif de permettre l'accès à celles-ci; que la réclamation de facilités et de garanties de transit est conforme au principe international du respect des droits d'autrui et que son refus constitue l'aveu de la faute; que l'isolement complet dans lequel l'Union indienne maintient les enclaves prive leur population de la protection de l'autorité légitime qui leur est due.

La note portugaise du 6 septembre 1954 (reproduite à l'annexe 53 du mémoire) établissant, pour ainsi dire, le bilan de la situation, définit clairement le cadre juridique dans lequel celle-ci s'intègre.

On lit dans cette note:

« Par. 2. La position du Gouvernement de l'Union indienne — je cite — est la suivante:

A) Il reconnaît, comme c'était inévitable, que les territoires de Dadrá et de Nagar-Aveli sont soumis à la souveraineté portugaise, étant séparés de l'Union indienne par des frontières que cette dernière respecte et se déclare incapable de violer;

B) Il prétend qu'il n'a pris, et continue à ne prendre, aucune part dans les événements illicites qui ont eu lieu dans ces territoires et au cours desquels des personnes étrangères à l'autorité légitimement constituée ont attaqué et subverti celle-ci;

C) Mais il s'est d'autre part refusé, jusqu'à maintenant, à coopérer d'une façon quelconque avec le Gouvernement portugais pour permettre à celui-ci de remédier à cet état de choses manifestement illégitime.

Par. 3. Le Gouvernement portugais estime qu'un tel refus est contraire aux obligations du droit international et aux normes de coexistence entre États et implique ainsi une sérieuse responsabilité de la part du Gouvernement de l'Union. Le Gouvernement portugais l'a déjà déclaré et l'affirme de nouveau, en protestant contre une attitude qui est incompatible avec les objectifs de compréhension

que le Gouvernement de l'Union indienne prétend vouloir poursuivre, et la volonté d'aboutir à des solutions pacifiques, dont il prétend être animé.

Par. 4. Le Gouvernement portugais ne peut cesser d'insister pour obtenir l'accès aux territoires qui lui appartiennent. Il ne faut pas croire que les longues notes diplomatiques et les affirmations théoriques — qui sont de toutes façons démenties par les faits — puissent cacher l'usurpation violente qui demeure ou supprimer la nécessité de remédier à la situation. Précisément parce qu'il s'agit de violations accomplies et parce qu'une situation illégitime résultant de l'emploi de la force continue à exister, la règlement du différend par des moyens pacifiques exige et implique en premier lieu que les autorités du pays lésé puissent de nouveau accéder *sans obstacles* et d'une *façon normale* aux territoires qui étaient, et continuent à être, les victimes d'actes de violence. »

La note résume donc la position adoptée par le Gouvernement de l'Inde, à savoir : reconnaissance que les territoires de Dadrá et de Nagar-Aveli sont soumis à la souveraineté portugaise ; prétention d'être étranger à la situation illicite créée dans ceux-ci au mépris de l'autorité légitime ; et refus de collaborer avec le Gouvernement portugais pour remédier à cet état de choses.

La note précise ensuite que ce refus est contraire aux obligations du droit international et engage la responsabilité du Gouvernement de l'Union indienne dont la conduite est incompatible avec les principes pacifistes qu'il proclame.

La note insiste en conséquence pour que soit permis au Portugal l'accès à ses territoires, objet d'une usurpation violente qu'on ne peut dissimuler derrière de longues notes diplomatiques et des affirmations théoriques.

La note n° 2 du 6 août 1955 (reproduite à l'annexe C, n° 88, des exceptions préliminaires) mérite aussi d'être mise en lumière : le Gouvernement du Portugal y adresse à celui de l'Inde un nouvel appel pour que ce dernier reconsidère la question et permette l'accès de Dadrá et de Nagar-Aveli aux autorités portugaises.

Le dernier paragraphe de cette note est ainsi conçu — je traduis de l'anglais :

« En raison de tout ce qui précède, le Gouvernement de l'Inde ne peut se défendre d'une grave responsabilité pour la situation déplorable de la population des territoires portugais de Dadrá et de Nagar-Aveli, population qui, au travers de ses vicissitudes, a vaillamment confirmé qu'elle était portugaise. Le Gouvernement portugais désire appeler l'attention du Gouvernement de l'Inde sur cette grave situation qui lui cause tant d'inquiétudes et exprime l'espoir que le Gouvernement de l'Inde *finira par reconsidérer la question* et permettre aux autorités portugaises de se rendre dans ces territoires. »

Et la note ajoute :

« Ceci représente un droit de l'État portugais, dont l'existence est solennellement affirmée et à l'exercice duquel correspond pour l'Union indienne une obligation qui ne saurait être supprimée par des arguties. »

Le Portugal réclame, une fois de plus, en termes catégoriques, l'accès à Dadrá et à Nagar-Aveli comme un droit, auquel correspond pour l'Union indienne l'obligation de ne pas entraver son exercice.

En face de tout ceci, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comment peut-on nier que la présente action a été précédée d'une revendication juridique expressément formulée?

* * *

Dans ses plaidoiries, notre éminent contradicteur M. le professeur Guggenheim a reconnu que le Portugal avait bien formulé des revendications *juridiques* (compte rendu, pp. 51-52).

Mais il nie que ces revendications aient porté sur le droit de passage en lui-même.

Or l'analyse précédemment faite prouve, au contraire, je crois, que le droit de passage a été l'objet de revendications répétées.

Dès que les enclaves ont été occupées et soustraites à l'autorité effective du Portugal, le Gouvernement portugais a réclamé inlassablement l'accès à ces territoires. Et il a, à de nombreuses reprises, qualifié le refus opposé par l'Union indienne d'*illicite* et de *contraire au droit international*.

Qu'est-ce que cela signifie sinon l'affirmation nette d'un *droit de passage*?

Les notes portugaises du 6 septembre 1954 et du 6 août 1955 sont particulièrement formelles à cet égard.

En fait, dans la note du 6 septembre 1954 on déclare *textuellement*, au sujet des enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli, que le Gouvernement portugais se doit d'insister pour obtenir l'accès aux territoires qui lui appartiennent. Et dans la note du 6 août 1955 on exprime l'espoir que le Gouvernement de l'Inde reconsidérera la question et facilitera l'accès de Dadrá et de Nagar-Aveli aux autorités portugaises; et l'on conclut que ceci représente un *droit de l'Etat portugais* dont l'existence est *solennellement* affirmée, et auquel correspond de la part de l'Union indienne une *obligation* qu'elle ne saurait d'aucune façon nier.

Il est donc évident que le Portugal a revendiqué le droit de passage avant d'avoir entamé la présente action.

* * *

M. le professeur Guggenheim prétend que l'objet du différend aurait dû être pleinement défini avant l'introduction de la requête.

Un tel point de vue ne peut être accepté.

L'objet du différend doit être *indiqué* dans la requête (article 40, par 1, du Statut, et article 32, par. 2, du Règlement de la Cour).

Mais la Partie demanderesse selon la jurisprudence établie a le droit de préciser cet objet non seulement dans le mémoire et dans la réplique, mais même dans les conclusions présentées au cours de la procédure orale.

Dans l'affaire récente des *Emprunts norvégiens*, M. le juge Read s'est exprimé comme suit sur ce point:

« L'article 40 du Statut impose au Gouvernement demandeur d'indiquer « l'objet du différend et les Parties ». Il ne prescrit pas qu'on précise les points en litige et même, l'article 48 précise très clairement que l'énonciation des points en litige par les conclusions doit se faire au cours de la procédure écrite et orale. (A ce propos, le texte français de l'article 48 montre qu'il en est ainsi, alors que le texte anglais est obscur.) Les requêtes contiennent généralement l'énoncé des problèmes soulevés; mais la Cour et la Cour permanente les ont également traitées comme l'indication de l'objet du différend.

C'est sous cet angle qu'il faut examiner la requête. A-t-elle suffisamment indiqué l'objet du différend, tel qu'il s'est développé au cours des procédures écrite et orale et tel qu'il a été formulé dans les conclusions finales françaises? » (*Recueil 1957*, p. 81.)

Or, si l'objet du litige peut recevoir des précisions successives au cours de la procédure, il est inadmissible de prétendre qu'il devrait être défini pleinement et en termes immuables *avant* le dépôt de la requête.

* * *

Cet exposé est, je crois, suffisant pour enlever toute valeur aux autres considérations de notre éminent contradicteur.

Entre le Portugal et l'Union indienne un différend s'est élevé, au sujet du passage entre Damão littoral et les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Ce différend est d'ordre juridique, puisqu'il se rapporte au droit que le Portugal revendique à ce passage — droit à l'exercice duquel l'Union indienne s'oppose.

La Partie adverse ne peut soutenir que le Portugal a soumis à la Cour un différend politique, non justiciable. Il ne pourrait du reste le soutenir que s'il avait en temps voulu opposé une exception préliminaire à cet égard, comme nous en avons déjà fait l'observation dans nos remarques introductives.

* * *

En résumé:

1) En l'absence d'une clause conventionnelle, le droit international ne fait pas dépendre l'introduction de l'instance par requête unilatérale de l'épuisement préalable des ressources de la voie diplomatique.

2) Il n'existe pas de disposition conventionnelle de ce genre applicable au présent litige: aussi le Gouvernement portugais n'avait-il pas l'obligation de poursuivre des négociations diplomatiques avec le Gouvernement indien jusqu'au point où elles deviendraient inutiles.

3) Il appartiendrait d'ailleurs au Gouvernement indien de prouver la prétendue insuffisance de négociations diplomatiques, en démontrant que celles-ci auraient abouti à un résultat utile si elles avaient été poursuivies plus longtemps, car la Partie qui présente une exception préliminaire est celle qui doit faire la preuve de l'existence des faits qui servent de base à cette exception.

4) Or, non seulement le Gouvernement indien n'apporte pas cette preuve, mais encore la preuve du contraire ressort nettement de l'examen des documents.

Ceux-ci montrent en effet, en termes non équivoques, que le Portugal a fait les plus grands efforts pour résoudre le différend par voie diplomatique; et que seule l'impossibilité manifeste d'atteindre par cette voie un résultat satisfaisant — impossibilité résultant des refus systématiques de l'Union indienne — a mis fin à son utilisation.

Le Portugal a fait plus que ce qu'on aurait pu raisonnablement exiger de lui, même si le préalable diplomatique avait été obligatoire en vertu du droit international coutumier.

5) L'existence d'un différend entre les Parties avant l'introduction de l'instance ne peut faire aucun doute. Elle est clairement attestée par les documents versés au dossier.

6) Lesdits documents montrent avec la même évidence que l'allégation de la Partie adverse selon laquelle lesdites négociations auraient eu lieu sur le plan politique est inexacte.

Le Portugal a protesté avec persistance contre la violation de ses droits; il a insisté à de nombreuses reprises sur la responsabilité internationale de l'Union indienne; il a toujours revendiqué son droit d'accès aux enclaves comme moyen indispensable à l'exercice de sa souveraineté sur celles-ci.

7) D'ailleurs la Partie adverse a admis l'existence d'un différend d'ordre juridique et ne peut plus la contester puisqu'elle n'a pas soulevé d'objection préliminaire basée sur le prétendu caractère non justiciable du différend.

Avec votre permission, Monsieur le Président, je passe maintenant à l'examen de la sixième exception préliminaire présentée par le Gouvernement de l'Inde.

Cette exception est fondée sur la limitation *ratione temporis* de la compétence de la Cour, contenue dans la déclaration indienne du 28 février 1940.

Dans cette déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour, en vigueur à la date du dépôt de la requête portugaise, l'Inde accepte la juridiction de la Cour pour les différends « qui s'élèveraient à partir du 5 février 1930, relativement à des situations ou à des faits postérieurs à cette date ».

La dernière partie de cette réserve est celle qui est invoquée à l'appui de la sixième exception.

Mais on ne voit pas comment il est possible de prétendre l'appliquer au présent litige, puisque celui-ci se rapporte manifestement à des « situations » et à des « faits » postérieurs au 5 février 1930.

La Cour a eu déjà l'occasion de se prononcer sur la portée de réserves qui, comme celle de l'Inde, restreignent l'acceptation de sa juridiction aux différends qui surgiraient au sujet de faits ou de situations postérieurs à une certaine date. Il existe sur la matière une jurisprudence parfaitement définie.

Cette jurisprudence est contenue notamment dans les arrêts rendus dans les affaires des *Phosphates du Maroc* et de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*.

Dans la première de ces affaires, la Cour a déclaré que les situations et les faits, objet de la limitation *ratione temporis*, doivent être considérés à la lumière de leur rapport avec la naissance du différend : ce sont ces situations et ces faits qui doivent être considérés comme générateurs de celui-ci (Série A/B, n° 74, pp. 23-24).

Dans la seconde affaire, la Cour, après avoir rappelé la doctrine exprimée dans la première, la confirme fort clairement en disant que les situations ou les faits à prendre en considération *sont uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend — sont uniquement*, je souligne. (Série A/B, n° 77, p. 88.)

Or les faits et les situations qui doivent être considérés comme générateurs du différend présenté par le Gouvernement portugais à l'appréciation de la Cour se situent tous, sans contestation possible, à une date postérieure au 5 février 1930.

On sait comment ce différend a pris naissance.

L'Union indienne, dans ses notes du 27 février 1950, du 14 janvier et du 1^{er} mai 1953 (mémoire, annexes 29, 31 et 32), a manifesté la prétention de mettre fin à la souveraineté du Portugal dans ses territoires de la péninsule hindoustannique en se les incorporant. Ces notes — comme il est dit au paragraphe 30 de notre mémoire — constituent le « prélude des événements qui sont à la base de la présente action. »

Puis a suivi l'adoption, par l'Union indienne, d'une série de mesures que rendaient les communications entre Damão littoral et les territoires enclavés de plus en plus difficiles et finirent pas les empêcher complètement (mémoire, par. 31-35).

Survinrent alors les événements de fin juillet 1954 dont la conséquence fut la privation, pour le Portugal, de l'exercice effectif de sa souveraineté sur les enclaves, et le refus du Gouvernement indien de donner satisfaction aux instantes demandes du Gouvernement portugais réclamant le passage à ces territoires (mémoire, par. 36-38).

Les enclaves se trouvent ainsi complètement isolées du reste du Portugal depuis juillet 1954 (mémoire, par. 39).

Tels sont, en bref, les faits et la situation générateurs du différend. Ils sont tous, comme on le voit, postérieurs au 5 février 1930; ils se situent donc hors de la portée de la réserve indienne.

Comment la Partie adverse essaie-t-elle de justifier la sixième exception préliminaire?

Son raisonnement est le suivant: Elle part de l'affirmation que le Portugal n'a jamais réclamé un droit de passage entre Damão et les enclaves après 1891 (date de l'expiration de son traité de 1878 avec la Grande-Bretagne) ou, selon l'exposé de notre éminent contradicteur sir Frank Soskice, après 1818 (date de la fin de la période maharatte). Mais elle admet l'hypothèse que le Portugal puisse démentir cette affirmation et elle poursuit que si cette hypothèse se vérifiait exacte le différend se trouverait reporté à une situation antérieure au 5 février 1930.

Il suffit, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, d'énoncer ce raisonnement pour, dès l'abord, en surprendre la fragilité. Diverses raisons, chacune suffisante en soi, convainquent de son manque de valeur.

En premier lieu, le Gouvernement portugais conteste formellement l'interprétation donnée par le Gouvernement de l'Inde au traité de 1878 et aux conséquences juridiques de son expiration. Et d'une manière générale il conteste que le Portugal n'ait jamais revendiqué un droit de

passage entre Damão et Dadrá et Nagar-Aveli avant le 5 février 1930. Une discussion approfondie de ces points deviendrait nécessaire, et une telle discussion outrepasserait évidemment le simple cadre des exceptions préliminaires, comme il a déjà été dit dans les observations écrites sur celles-ci (par. 143 et 156).

En second lieu, la sixième exception ne se base pas sur des faits mais sur une hypothèse, ce qui est insuffisant.

En troisième lieu, cette exception fait complètement fi de la jurisprudence rappelée il y a quelques instants sur la portée de réserves de limitations dans le temps de la juridiction de la Cour. Comme il résulte de la jurisprudence, les *seuls* faits et situations qui comptent, pour appliquer ces réserves, sont ceux *générateurs du différend*. Or les faits et les situations générateurs du différend actuellement soumis à la Cour sont ceux qui ont été exposés il y a un moment, et ils sont tous sans aucun doute postérieurs au 5 février 1930.

Aucun différend du même genre n'a jamais surgi entre le Portugal et la Grande-Bretagne, aux temps de l'administration britannique aux Indes. D'ailleurs si un tel différend s'était élevé, il ne se confondrait évidemment pas avec celui qui existe maintenant entre le Portugal et l'Union indienne, puisqu'il ne proviendrait pas des faits et des situations dont celui-ci tire son origine.

La sixième exception se révèle donc, de toute manière, elle aussi, comme dénuée de fondement.

A l'appui de cette conclusion, nous citerons un passage de l'étude de M. le professeur Waldock sur la *Decline of the Optional Clause* à laquelle nous avons déjà eu l'occasion de nous référer. Le professeur Waldock étudie ici la formule souvent rencontrée, limitant l'acceptation de la clause facultative aux

« différends survenus après la ratification de la présente déclaration relativement à des situations ou à des faits postérieurs à ladite ratification ».

Et il écrit (p. 271, *British Year Book of International Law*, 1955-1956):

« La plupart des « différends postérieurs » auront trait à des situations ou à des faits dont l'histoire remontera à pas mal d'années, et une interprétation large de la limitation pourrait mener à une sévère restriction des questions couvertes par la déclaration. Mais la limitation est énoncée de façon objective — je continue la traduction de l'anglais —, et la Cour n'a pas eu de peine à la circonscrire en soutenant qu'une situation, ou un fait antérieur doit, pour faire jouer la limitation, être celle, ou celui, qu'on trouve à l'origine du différend. Un État ne saurait donc, par un recours spécieux à des liens ténus entre un « différend » récent et « une situation ou un fait » passé, se servir de cette forme de limitation comme d'une *escape clause* générale. »

* * *

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'en ai terminé avec cet exposé sur les troisième et sixième objections; suivant le plan adopté et auquel vous avez condescendu à donner votre agrément, mon éminent

collègue, le professeur Bourquin, examinera à son tour les première, deuxième, quatrième et cinquième objections avant que je ne me représente devant vous pour vous soumettre nos conclusions.

Mais je ne peux pas attendre jusque-là, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, pour vous demander d'agréer l'expression de ma reconnaissance profondément respectueuse pour l'attention que vous avez daigné accorder à ma plaidoirie.

10. PLAIDOIRIE DE M. M. BOURQUIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 1^{er} AU 3 OCTOBRE 1957

[Audience publique du 1^{er} octobre 1957, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Comme mon éminent collègue, le doyen Galvão Telles, l'a annoncé ce matin, je vais avoir l'honneur, avec votre permission, de rencontrer des arguments qui sont présentés par le Gouvernement de l'Inde à l'appui de sa première, de sa deuxième, de sa quatrième et de sa cinquième exceptions.

La première exception se fonde sur le caractère prétendument illicite d'une des réserves que le Portugal a insérées dans la déclaration du 19 décembre 1955, par laquelle il a adhéré à la disposition facultative de l'article 36 du Statut de la Cour.

Cette réserve, dit-on, serait contraire au Statut. Elle devrait donc être considérée comme nulle. Et de cette nullité on déduit que la déclaration tout entière serait caduque.

Comme la déclaration constitue la base de notre requête, celle-ci serait dépourvue de fondement et la Cour n'aurait pas compétence pour statuer sur la demande que nous avons eu l'honneur de lui présenter.

Bien que la réserve incriminée ait été déjà citée plusieurs fois, la Cour me permettra d'en rappeler le texte, étant donné l'importance qu'elle revêt dans l'argumentation de la Partie adverse.

Voici la réserve :

« Le Gouvernement portugais se réserve le droit d'exclure du champ d'application de la présente déclaration, à tout moment, au cours de sa validité, une ou plusieurs catégories déterminées de différends, en adressant au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies une notification qui prendra cours à la date où elle aura été donnée. »

Voilà le texte.

Une première observation me semble devoir être faite : c'est que cette réserve n'a aucun rapport avec le différend dont la Cour est saisie.

La réserve figure dans la déclaration, mais le droit que cette réserve confère au Portugal n'a jamais été exercé. Les catégories de différends pour lesquelles le Portugal a accepté la juridiction obligatoire de la Cour sont exactement les mêmes aujourd'hui qu'au moment où la déclaration a été faite.

La première exception du Gouvernement de l'Inde se base donc uniquement sur la présence de cette réserve dans la déclaration portugaise. Elle tend à faire prononcer la nullité de cette déclaration, pour des raisons d'ordre général et qui sont étrangères au procès lui-même.

Il est évident, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que pour apprécier cette exception, il faut avant tout se mettre d'accord sur le sens de la réserve incriminée.

Toute discussion sur le caractère licite ou illicite d'une disposition est nécessairement vaine aussi longtemps que la portée de cette disposition n'est pas établie.

Quelle est donc la portée de la réserve portugaise ?

Je crois, pour ma part, qu'il suffit de lire le texte pour la voir apparaître clairement.

Le texte nous dit, en effet, que si le Gouvernement portugais voulait faire usage de la faculté qu'il s'est réservée, il devrait le notifier au Secrétaire général des Nations Unies. Et il ajoute — ce qui est tout à fait décisif — que cette notification ne prendrait cours qu'à la date où elle aurait été donnée.

Elle ne prendrait cours qu'à la date où elle aurait été donnée — c'est-à-dire qu'elle n'aurait pas d'effet rétroactif, qu'elle ne serait applicable qu'à des différends dont la Cour ne serait pas encore saisie.

Autrement dit, le Gouvernement portugais ne pourrait pas se prévaloir de cette réserve pour soustraire à la compétence de la Cour un différend qui aurait été valablement porté devant elle.

Le Gouvernement portugais, en d'autres termes, s'est absolument conformé à un principe essentiel qui gouverne le système organisé par l'article 36 du Statut de la Cour. Ce principe, qui a été rappelé d'ailleurs dans l'arrêt du 18 novembre 1953 relatif à l'affaire *Nottebohm*, veut que les obligations réciproques des Parties par rapport à la juridiction obligatoire de la Cour soient définitivement fixées au moment où la Cour est saisie du différend.

A partir de ce moment-là — à partir du moment où l'affaire est portée devant la Cour —, rien, aucun événement, aucune manifestation de volonté des Parties ne peut avoir d'effet sur leurs obligations réciproques.

Si le Portugal s'était réservé la faculté de restreindre ses engagements par rapport à des litiges dont la Cour serait déjà saisie, alors il aurait été évidemment à l'encontre du principe que je viens de rappeler. Et sa réserve pourrait être considérée à bon droit comme contraire au Statut de la Cour.

Mais le Portugal n'a rien fait de semblable. Rien n'autorise à interpréter dans ce sens la réserve incriminée — dont le texte, comme je viens de le rappeler, exclut au contraire, me semble-t-il, très nettement une pareille interprétation.

A l'audience du 24 septembre, le professeur Waldock a suggéré que la réserve incriminée pourrait avoir un autre sens que celui que nous lui donnons et qui nous paraît ressortir clairement du texte lui-même.

L'argument qu'il a produit en faveur de cette autre interprétation me paraît, je dois le dire, assez étrange. Cet argument est le suivant.

Le Gouvernement portugais, a-t-il dit, déclare bien, dans sa réserve, que s'il en fait usage, ce sera par une notification au Secrétaire général; et il ajoute que cette notification ne prendra cours qu'à la date où elle aura été donnée. Mais, dit le professeur Waldock, le Portugal n'a pas déclaré nettement que les effets de la notification ne seraient pas rétroactifs. Le Gouvernement portugais détermine le moment où l'exclusion d'une catégorie de différends entrera en vigueur. Mais il ne dit pas expressément que cette exclusion n'aura pas un caractère rétroactif.

J'avoue qu'à l'audition de cet argument je me suis demandé si j'avais bien compris. Mais la lecture du compte rendu d'audience a confirmé mon impression. Cela figure en effet à la page 26 du compte rendu de l'audience du 24 septembre.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois qu'il n'est pas nécessaire de démontrer que cette construction a un caractère purement artificiel et qu'elle ne résiste pas à l'examen; car s'il y a une règle d'interprétation bien établie, acceptée par tout le monde, et que le bon sens même impose, c'est que les dispositions d'un acte juridique doivent être interprétées de bonne foi.

Or il est clair que quand un État accepte la juridiction obligatoire de la Cour, en se réservant d'exclure certaines catégories de différends, par une notification ne prenant cours qu'à la date où elle aura été donnée, la volonté de cet État est de n'attribuer aucun effet rétroactif à pareille notification.

Si le Portugal avait voulu se réserver la possibilité de faire jouer la notification prévue dans sa réserve de la façon imaginée par le professeur Waldock, c'est-à-dire en lui donnant un effet rétroactif, je voudrais bien savoir pour quelle raison il aurait précisé dans le texte de sa déclaration que la notification au Secrétaire général ne prendrait cours qu'à partir de la date où elle aura été donnée.

Cette précision n'aurait absolument aucun sens.

Et d'ailleurs, si le Portugal prétendait interpréter ainsi la faculté qu'il s'est réservée; s'il prétendait faire usage de cette réserve pour soustraire à la compétence de la Cour un différend dont celle-ci serait saisie, — la Cour s'opposerait à pareille attitude.

Le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut établit la compétence de la Cour pour statuer, en cas de contestation, sur le point de savoir si elle est compétente.

Supposons un instant que le Gouvernement portugais, séduit par l'interprétation audacieuse du professeur Waldock, vienne dire à la Cour qu'il conteste sa compétence pour juger un différend qui est porté devant elle en invoquant la faculté qu'il s'est réservée d'exclure certaines catégories de litiges, que ferait la Cour? Sans aucun doute possible, la Cour refuserait de s'incliner devant une telle prétention. La Cour rappellerait au Gouvernement portugais que ses obligations sont déterminées d'après la situation qui existait au moment où l'affaire a été portée devant elle, et qu'à partir de ce moment-là il n'appartient plus aux Parties de modifier l'étendue de leurs engagements.

Je crois qu'il est vraiment inutile d'insister.

Or en dehors de la tentative à laquelle je viens de faire allusion, qu'a-t-on trouvé de l'autre côté de la barre pour attribuer à la réserve portugaise une portée différente de celle que nous lui reconnaissons et qui paraît, je le répète, imposée par le texte?

On n'a rien trouvé du tout.

Ou plus exactement, ce qu'on a trouvé, ce n'est pas un argument, c'est une note. Une note, émanant du Gouvernement suédois, qui a été adressée au Secrétaire général des Nations Unies, le 23 février 1956, et qui est reproduite à l'annexe B, n° 2, des exceptions préliminaires.

Dans cette note, le Gouvernement suédois émet l'opinion qu'en raison de la réserve dont elle est assortie, la déclaration portugaise ne serait pas conforme au système du Statut.

Et alors nos estimés contradicteurs, s'emparant de cette note, nous disent: « Vous voyez bien que nous avons raison! Vous voyez bien que l'interprétation que vous donnez à la réserve incriminée n'est pas la bonne. C'est la Suède qui a raison. »

Malheureusement, on s'abstient de nous dire pourquoi c'est la Suède qui a raison.

Et ce serait pourtant nécessaire.

Ce serait nécessaire d'abord parce que le Gouvernement suédois n'a aucune qualité spéciale pour interpréter soit le Statut de la Cour, soit la déclaration portugaise — et qu'il lui arrive, comme à tout le monde, de se tromper.

Et ce serait nécessaire également parce que, quand on lit cette note suédoise, on s'aperçoit que le fonctionnaire du ministère des Affaires étrangères qui l'a rédigée n'a en réalité donné aucune interprétation précise de la réserve incriminée. Il s'est contenté d'affirmer qu'à son avis cette réserve réduisait à néant l'engagement pris par le Gouvernement portugais.

On avouera que, comme argument, c'est assez faible.

Si le Gouvernement de l'Inde trouve que notre interprétation de la réserve incriminée est inexacte, il doit le dire clairement. Il doit dire en quoi elle est inexacte. Il doit dire pourquoi elle l'est. Et il doit le prouver.

Or Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement de l'Inde s'abstient complètement de remplir ce devoir élémentaire. Il s'abrite derrière la note d'un Gouvernement étranger, derrière une note où il est même impossible de découvrir une argumentation quelconque. Et sous le couvert de cette note, il essaie de jeter le doute sur le sens de la réserve. Il essaie, non pas de démontrer que l'interprétation que nous en donnons est inexacte, mais de créer l'impression qu'elle pourrait être inexacte, qu'il plane un doute sur ce point.

Les termes de la réserve portugaise, a dit le professeur Waldock à l'audience du 24 septembre (compte rendu, p. 26), sont au moins susceptibles d'être interprétés comme l'Inde le suggère. Ils peuvent donner lieu à l'interprétation suggérée par l'Inde. On ne va donc pas jusqu'à affirmer que l'interprétation de l'Inde est la bonne. Et surtout on n'essaie pas de le démontrer. On se contente de dire que les deux interprétations — celle du Portugal et celle de l'Inde, ou plutôt celle que l'on impute à la Suède — sont possibles l'une et l'autre.

Eh bien non ! Ce n'est pas exact.

Il n'y a qu'une interprétation possible. C'est la nôtre, parce que c'est celle que le texte impose à tout esprit non prévenu.

Mais je vais plus loin. Supposons un instant que le Gouvernement de l'Inde ait raison; supposons que les deux interprétations soient possibles; supposons qu'il y ait un doute. Mais cela suffirait pour trancher la question. Car si la Partie adverse prétend que notre réserve est nulle comme contraire au Statut, c'est évidemment elle qui doit le démontrer. C'est à elle d'établir que la seule interprétation que l'on puisse donner de cette réserve la fait apparaître comme une violation des règles du Statut.

Lorsqu'une déclaration est susceptible de recevoir deux interprétations dont l'une est compatible avec le Statut et dont l'autre ne l'est pas, c'est à la première qu'il faut donner la préférence. On ne peut pas condamner un acte comme nul sur une interprétation hypothétique. La présomption est en faveur de la régularité de l'acte.

Il faut donc écarter le doute que l'on a essayé de faire planer sur le sens de la réserve incriminée.

Cette réserve n'autorise aucunement le Gouvernement portugais à restreindre le champ de son obligation à l'égard de différends soumis à

la Cour. Elle l'autorise simplement à limiter son engagement initial, pour l'avenir, par une notification dépourvue de tout effet rétroactif. Est-ce qu'une réserve de ce genre est compatible ou est en contradiction avec le système de la disposition facultative? Est-ce qu'une telle réserve contrevient aux prescriptions impératives de ce système? Voilà la question qui se pose, la seule question qui se pose.

Il n'est sans doute pas superflu de rappeler, dans cet ordre d'idées, qu'aucun État n'est obligé de faire usage de la disposition de l'article 36 permettant aux États d'accepter d'avance, dans certaines conditions, la juridiction de la Cour.

Étant libres de ne pas y souscrire, les États sont également libres, quand ils le font, de limiter le champ de leurs obligations.

Les auteurs du Statut ont voulu, tout le monde le sait, encourager l'acceptation de la juridiction de la Cour, et, pour obtenir ce résultat, ils ont donné au système une grande souplesse.

Cela ne veut pas dire, évidemment, qu'ils n'aient pas apporté de limites à la liberté des adhérents. Certainement non. Il y a des règles que les États qui font usage de la disposition facultative doivent respecter, des règles qui sont — si je puis ainsi dire — d'ordre public en cette matière. Mais, en dehors de ces restrictions, les États sont libres de déterminer la portée de leur adhésion. Ils peuvent le faire en ce qui concerne la durée de leur engagement; et ils peuvent le faire aussi en ce qui concerne les catégories de litiges pour lesquelles ils acceptent la juridiction obligatoire de la Cour.

Quelles sont donc les limites qui circonscrivent leur liberté? Elles sont inscrites dans le Statut lui-même. C'est le Statut de la Cour, et lui seul, qui les prescrit.

Pour établir que la réserve portugaise serait entachée de nullité, le Gouvernement de l'Inde devrait donc démontrer que cette réserve est incompatible avec telle ou telle disposition du Statut. Aussi longtemps qu'il n'administre pas cette preuve, sa prétention ne peut pas être admise. La liberté qui est laissée, en principe, aux États de déterminer la portée de leur engagement, cette liberté doit être respectée.

Le Gouvernement de l'Inde prétend que la réserve incriminée donnerait à la déclaration du Portugal, à son adhésion au système de la disposition facultative, une flexibilité exagérée. C'est le terme dont le professeur Waldock s'est servi à la barre, le 24 septembre au matin (compte rendu, p. 27). Il reconnaît que le système de la disposition facultative comporte une marge importante de flexibilité. Mais il trouve que nous avons dépassé cette marge.

Pourquoi l'avons-nous dépassée?

Parce que nous aurions enfreint une disposition du Statut? Parce que nous aurions été à l'encontre d'une règle énoncée à l'article 36?

Non! Le Gouvernement de l'Inde n'a pas réussi à trouver dans l'article 36, ni d'ailleurs dans aucun autre article du Statut, une règle formelle qui condamnerait l'insertion, dans les déclarations acceptant la juridiction de la Cour, d'une réserve analogue à la réserve portugaise.

Il n'a pas réussi à trouver une telle règle, pour l'excellente raison qu'il n'y en a pas.

Et ici, je demande la permission à la Cour de faire une comparaison entre la réserve portugaise qui est incriminée par nos adversaires et la réserve dont il a été question récemment dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*.

Le professeur Waldock a d'ailleurs mentionné cette dernière réserve à plusieurs reprises.

La réserve dont il a été question dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* est une réserve qui exclut de la juridiction de la Cour les différends relatifs à des affaires relevant essentiellement de la compétence nationale, telle que celle-ci est comprise par l'État déclarant lui-même. Autrement dit, l'État déclarant se réserve, dans chaque cas d'espèce qui est porté devant la Cour, le droit de décider si l'affaire relève essentiellement ou non de sa compétence nationale.

Les juristes qui considèrent cette réserve comme nulle s'appuient, pour soutenir leur thèse, sur une disposition formelle du Statut. Le paragraphe 6 de l'article 36 dit, en effet, expressément que

« en cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ».

Or dit-on, dans le cas de la réserve qui a été invoquée dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, cette disposition est méconnue. Elle est méconnue puisque l'État déclarant entend résoudre lui-même une question qui, d'après le Statut, relève de l'appréciation de la Cour.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je n'ai pas à me prononcer ici sur la validité de la réserve dont il a été question dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*. Elle n'est pas en cause dans notre litige. Mais je constate que les juristes qui estiment que la réserve en question doit être considérée comme nulle s'appuient, pour le faire, sur une disposition formelle du Statut — la disposition du paragraphe 6 de l'article 36.

Au contraire, aucune règle formelle du Statut ne peut être invoquée par le Gouvernement de l'Inde dans le cas qui nous occupe.

Et je pourrais, au besoin, m'arrêter là. Car il me semble que, le principe même de la disposition facultative étant de laisser aux États qui y adhèrent la liberté de fixer l'étendue de leurs engagements, sous la seule condition de ne pas enfreindre les règles du Statut, les réserves dont ils assortissent leur adhésion ne peuvent pas être considérées comme nulles, à moins qu'elles n'entrent en conflit avec une disposition formelle de ce Statut. Cela suffirait donc, au besoin, me semble-t-il, pour résoudre le problème.

Mais la Partie adverse ne se laisse pas rebuter par cette difficulté. À défaut d'un texte, elle se rabat — si je puis dire — sur certaines règles implicites, qu'elle prétend découvrir dans le système de la disposition facultative — mais que je me permets de croire être simplement un produit de son imagination.

Si j'ai bien saisi la théorie qui a été exposée à la barre par nos estimés contradicteurs dans cette ordre d'idées, deux reproches sont adressés à la déclaration portugaise.

On lui reproche, d'une part, d'avoir « un visage à double face ». C'est l'expression même dont le professeur Waldock s'est servi.

La déclaration portugaise, a-t-il dit, permet au Portugal de mettre fin à son engagement à l'égard de toutes catégories inopportunes de différends pour lesquels il pourrait être exposé à voir une instance introduite contre lui par d'autres États, tout en se réservant lui-même le droit d'ester en justice contre d'autres États à l'égard d'autres catégories de différends. « C'est dans ce visage à double face, a-t-il précisé, que réside le vice propre de la déclaration portugaise » (compte rendu, p. 30).

Voilà un argument qui est donc présenté par la Partie adverse. Il y en a un autre.

On fait valoir également un grief qui apparaissait, dans le texte des exceptions préliminaires, comme le grief principal.

Le Gouvernement de l'Inde fait valoir qu'en se réservant la faculté de modifier le champ de son obligation, le Portugal mettrait les autres États dans une incertitude complète en ce qui concerne l'étendue de leurs droits et de leurs obligations à son égard.

Il y a donc en réalité deux arguments. Ces deux arguments paraissent quelquefois s'enchevêtrer dans l'exposé que nous avons entendu, mais ils y sont l'un et l'autre, et je crois qu'il faut les examiner séparément. C'est ce que je me propose de faire dans un instant.

Commençons par l'objection de la double face.

La déclaration portugaise serait nulle, parce qu'elle permettrait au Portugal de garder le droit d'ester en justice contre d'autres États tout en excluant de ses obligations telle ou telle catégorie de différends, en vue de se prémunir contre une action de leur part.

Cela suppose, évidemment, qu'en prenant pareille mesure, le Portugal aurait en vue un ou plusieurs différends déterminés et qu'il voudrait soustraire ces différends à la juridiction de la Cour. Il obtiendrait ce résultat en excluant la catégorie ou les catégories de litiges auxquelles se rattachent les cas d'espèce dont il s'agit. Et il conserverait, pour le surplus, le droit de faire usage de sa déclaration, en agissant devant la Cour contre d'autres États.

Je constate d'abord que nous sommes là en présence d'une pure hypothèse. Les intentions qu'on prête au Portugal sont entièrement gratuites.

On ne dit pas que le Portugal a fait de sa réserve l'usage que l'on dénonce. On dit simplement qu'il pourrait éventuellement faire cet usage.

Et c'est sur cette simple hypothèse qu'on s'appuie pour dire: votre réserve est contraire au Statut; par conséquent: votre déclaration est nulle.

Le raisonnement me paraît étrange.

Quand on soutient, par exemple, qu'un contrat est nul, il ne suffit pas de dire que l'usage qui pourrait être fait éventuellement d'une de ses clauses est illicite, il faut établir son accusation sur des réalités.

Mais allons plus loin.

Supposons qu'un jour le Portugal agisse de la manière imaginée par la Partie adverse. Supposons qu'un jour, en effet, il exclue du champ de son obligation une catégorie de litiges, parce qu'il craint de voir un autre État porter devant la Cour un différend se rattachant à cette catégorie. Supposons que cette hypothèse se réalise. Est-ce qu'il en résulterait que le Portugal agirait en violation du système de la disposition facultative et que sa déclaration devrait en être considérée comme nulle?

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois que c'est là une thèse assez hardie, assez aventureuse, et qui, si elle était admise, frapperait de nullité d'autres déclarations.

Car ce n'est un mystère pour personne que quand un Gouvernement rédige les termes de sa déclaration et l'assortit de réserves, il le fait sans perdre de vue les réalités politiques qui le concernent.

Bien des réserves figurant dans les déclarations s'expliquent par des préoccupations de ce genre.

Je ne prendrai qu'un exemple, mais je crois qu'il est assez typique. C'est celui de la déclaration australienne du 6 février 1954.

Dans cette déclaration, le Gouvernement australien a fait une réserve concernant les différends — je cite :

« ayant pour cause ou concernant la juridiction ou les droits revendiqués ou exercés par l'Australie,

a) en ce qui concerne le plateau continental de l'Australie et les territoires placés sous l'autorité de l'Australie, tel que ledit plateau continental est défini ou délimité dans les proclamations australiennes du 10 septembre 1953 ou dans les lois australiennes relatives aux pêcheries de perles ou en vertu desdites lois;

b) en ce qui concerne les ressources naturelles du lit de la mer et du sous-sol dudit plateau continental, y compris les produits des pêcheries sédentaires, ou

c) en ce qui concerne les eaux australiennes, au sens des lois australiennes relatives aux pêcheries de perles, lorsqu'il s'agit de la juridiction ou des droits revendiqués ou exercés sur ces eaux en application ou en vertu desdites lois. »

Aucune méprise n'est possible. Tout le monde sait et tout le monde le dit, les juristes australiens comme les autres — et c'est pourquoi j'ai pris cet exemple —, que le Gouvernement australien, en faisant cette réserve, a visé un différend qui l'oppose au Japon au sujet des pêcheries de perles du Pacifique.

D'après la théorie de nos adversaires, la déclaration australienne serait nulle. Elle serait nulle, puisque l'Australie s'est prémunie contre l'action du Japon, dans une affaire importante qui les divise, et qu'en même temps elle s'est assuré le pouvoir d'ester en justice contre les autres États.

Or je le répète, si l'exemple australien est particulièrement frappant, il est loin d'être le seul.

On se demande pour quelle raison la déclaration portugaise devrait être considérée comme illicite, alors que la réserve contenue dans cette déclaration ne comporte aucune attitude de ce genre et que c'est uniquement par voie d'hypothèse, de supposition gratuite, que le Gouvernement de l'Inde peut lui prêter le caractère de « double face » qu'il lui impute.

J'en arrive maintenant au second grief articulé par la Partie adverse.

La réserve portugaise serait, dit-on, pour les autres États la source d'une incertitude incompatible avec le système de la disposition facultative.

Nous avons fait observer à cet égard, dans nos écritures, que la réserve critiquée ne constitue pratiquement qu'une forme atténuée de la dénonciation. La dénonciation met fin en totalité à l'engagement. La réserve portugaise, s'il en était fait usage, aurait simplement pour effet de réduire le champ d'application de cet engagement.

Quelle différence y a-t-il entre une réduction de ce genre et une dénonciation totale ?

On peut soutenir qu'au point de vue de la technique juridique, les deux opérations diffèrent de nature. Nous sommes en présence ici, en réalité, d'une clause de révision et non d'une clause de dénonciation.

Mais pratiquement, la seule différence qui existe entre elles est une différence de degré, une différence de quantité. La libération, si je puis ainsi dire, est plus complète dans un cas que dans l'autre.

L'État qui dénonce sa déclaration se libère de tout engagement. Il répudie toute obligation en ce qui concerne la juridiction de la Cour.

Si le Portugal usait du droit qu'il s'est réservé, il resterait soumis à certaines obligations. Il continuerait à reconnaître, dans certaines limites, la juridiction obligatoire de la Cour. Ces limites seraient plus étroites que précédemment, mais elles laisseraient subsister un domaine de juridiction obligatoire.

Or de nombreux États se sont réservé, dans leurs déclarations, le droit de les dénoncer à tout moment et sans aucun préavis. Et on n'a jamais contesté la validité de cette réserve.

On l'a parfois regretté. On a parfois mis en doute son opportunité. On a parfois signalé les inconvénients qu'elle peut avoir. Mais jamais, à ma connaissance du moins, on n'a prétendu qu'elle serait contraire aux dispositions du Statut et qu'il faudrait la considérer comme nulle.

Et, dans tous les cas, je suis certain d'une chose: c'est que le Gouvernement de l'Inde ne soutiendrait pas cette thèse. J'en suis certain, parce qu'il est précisément un des États qui ont eu recours à une réserve de ce genre.

Cette réserve figure dans sa déclaration du 20 février 1940, celle qui était en vigueur au moment où le Portugal a introduit sa requête devant la Cour.

C'est cette réserve, ce droit de dénonciation immédiate qui lui a permis de dénoncer sa déclaration, le 7 janvier 1956, et de la remplacer sur-le-champ, immédiatement, par une autre déclaration restreignant le champ de ses précédents engagements.

En faisant cette nouvelle déclaration du 7 janvier 1956, le Gouvernement de l'Inde a prévu également qu'elle pourrait être abrogée, à tout moment, par une simple notification au Secrétaire général, — ce qu'il n'a pas manqué de faire d'ailleurs, le 8 février 1957, par une lettre que son représentant auprès des Nations Unies a adressée au Secrétaire général et qui est ainsi conçue:

« D'ordre du Président de l'Inde, j'ai l'honneur de notifier que le Gouvernement indien dénonce la déclaration en date du 7 février 1956, qui portait acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice. Cette dénonciation prend effet immédiatement.

J'ai l'honneur d'informer Votre Excellence qu'une nouvelle déclaration sera déposée sous peu au nom du Gouvernement indien. »

Nous avons reproduit cette dénonciation à l'annexe 2 de nos *observations et conclusions*.

Par conséquent, les États qui acceptent la juridiction obligatoire de la Cour, en vertu de la disposition facultative de l'article 36, ont le droit de se réserver la faculté de mettre fin à leur engagement, à tout moment, et sans préavis. Mais ils n'auraient pas le droit d'exclure de cet engagement certaines catégories de différends par une notification au Secrétaire général.

On pourrait le plus. On ne pourrait pas le moins.

A première vue, cela paraît assez étrange.

Il est d'ailleurs à remarquer que si le Statut de la Cour consacrait l'anomalie dont je viens de parler, rien ne serait plus facile que d'y échapper. Il suffirait, en effet, de dénoncer la déclaration, de l'abolir totalement et de la remplacer tout de suite par une déclaration nouvelle

d'où seraient exclues certaines catégories de litiges. Juridiquement, l'opération se décomposerait en deux parties, mais pratiquement cela ne ferait aucune différence, puisqu'il suffirait, dans un cas comme dans l'autre, d'une simple notification au Secrétaire général.

Le Gouvernement de l'Inde lui-même, d'ailleurs, nous a montré la façon de procéder, puisque sa communication du Secrétaire général du 7 février 1956 n'avait pas d'autre but. Elle dénonçait la déclaration en vigueur et y substituait une déclaration nouvelle restreignant le champ d'application de la première. Les deux opérations se sont faites simultanément, par un seul et même acte de notification au Secrétaire général.

Dans sa plaidoirie, le professeur Waldock a fait allusion au mythe de Protée à propos de la déclaration portugaise et de la faculté de révision que cette déclaration comporte. Personnellement; j'ai plutôt l'impression que les émules de Protée se trouvent de l'autre côté de la barre.

L'engagement pris par le Portugal le 19 décembre 1955 n'a subi depuis lors aucun changement. Celui qui liait à ce moment-là l'Union indienne a été profondément modifié le 7 janvier 1956 et annulé ensuite le 8 février 1957, avec l'annonce d'une nouvelle déclaration.

Où est l'instabilité? D'où vient, pour les autres États, l'incertitude?

Je me contente de poser la question.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comment le Gouvernement de l'Inde croit-il pouvoir justifier la thèse qu'il soutient et que je viens de rappeler, qu'une dénonciation totale serait licite, mais qu'une dénonciation partielle ne le serait pas? A l'entendre, il y aurait une différence essentielle entre les deux cas.

Dans le premier cas, dit-il — c'est-à-dire celui de la dénonciation totale —, les autres États peuvent connaître les catégories de différends auxquelles la déclaration s'applique, aussi longtemps que cette déclaration est en vigueur. Ils peuvent connaître ces catégories par une simple référence à la déclaration elle-même.

Tandis que dans le second cas — c'est-à-dire le cas de la réserve portugaise —, les catégories de différends comprises dans l'obligation de l'État déclarant peuvent varier, sans que la déclaration soit abrogée; et il ne suffit donc pas, dans ce cas, de se référer à la déclaration pour connaître les catégories auxquelles elle s'applique effectivement.

D'après nos adversaires, l'incertitude qui résulterait de cette circonstance serait incompatible avec le système de la disposition facultative.

Cet argument est exposé aux paragraphes 31 et 32 des exceptions préliminaires. Je me permets de croire qu'il n'a aucun fondement.

Le Gouvernement de l'Inde me paraît, en effet, confondre ici l'incertitude objective et l'incertitude subjective.

Le système des déclarations acceptant la disposition facultative de l'article 36 exige bien, en effet, qu'aucune incertitude n'existe sur les obligations réciproques des Parties au moment où le différend qui les divise est porté devant la Cour. A ce moment-là, il faut que ces obligations puissent être déterminées avec précision et que la Cour soit en mesure de les fixer clairement, en cas de désaccord des Parties. Il faut donc qu'à ce moment-là aucune incertitude ne subsiste quant à l'étendue des obligations liant l'État qui a inséré dans sa déclaration une réserve analogue à celle du Portugal.

Mais la certitude qui est ainsi requise est, comme je le disais tout à l'heure, une certitude objective. C'est une certitude résultant de la

comparaison et de l'interprétation des textes qui sont en vigueur au moment où la Cour est saisie du différend.

Cette certitude objective n'est aucunement ébranlée par le jeu de la réserve portugaise. Au moment où il y a lieu de comparer les obligations liant les Parties en cause pour dégager leur niveau commun, l'étendue de l'obligation de l'État qui a inséré dans sa déclaration la réserve portugaise ne sera pas moins certaine que l'étendue de l'obligation liant l'autre État, celui qui n'a pas inséré cette réserve dans sa déclaration.

De deux choses l'une, en effet. Ou bien le premier n'aura pas fait usage du droit qu'il s'était réservé d'exclure certaines catégories de litiges, et alors son obligation aura la même étendue qu'au moment où la déclaration a été faite: c'est précisément notre cas. Ou bien il aura fait usage de ce droit, et alors les catégories de litiges qu'il aura exclues de son engagement seront formellement indiquées dans la notification qu'il aura adressée au Secrétaire général des Nations Unies, notification sans laquelle, je le rappelle une fois encore, aucune réduction ne peut être opérée, d'après la réserve portugaise.

La situation juridique des deux Parties sera donc parfaitement claire. Il n'y aura pas plus d'incertitude d'un côté que de l'autre. Et le système fonctionnera dans les conditions prévues par l'article 36 du Statut de la Cour.

L'équivoque qui affecte le raisonnement de nos estimés contradicteurs — et qui lui enlève toute pertinence —, c'est qu'ils prennent le mot « incertitude » dans un autre sens.

L'incertitude dont ils parlent et qui, d'après eux, aurait pour effet de rendre nulle la réserve portugaise est une incertitude purement subjective. C'est l'incertitude dans laquelle peuvent se trouver momentanément les autres États qui ont accepté, eux aussi, le système de la disposition facultative.

Cette incertitude, d'où provient-elle?

Supposons que le Portugal fasse usage de la réserve incriminée. Il aurait à notifier au Secrétaire général des Nations Unies qu'il fait cet usage, et il aurait à préciser les catégories de litiges qu'il exclut de son engagement. Cette notification aurait évidemment un caractère public. Ce ne serait pas une communication privée. Ce ne serait pas une communication confidentielle. Elle serait accessible à tous les États Membres de l'Organisation.

De plus, l'article 36, paragraphe 4, du Statut de la Cour fait un devoir au Secrétaire général de transmettre copie des déclarations qu'il reçoit aux États qui sont parties au Statut, ainsi qu'au Greffier de la Cour.

Il s'agit là d'un devoir qui incombe au Secrétaire général et non pas aux États déclarants. Les États déclarants n'ont pas à communiquer personnellement leur déclaration aux autres États. Une fois qu'ils l'ont remise au Secrétaire général, ils se sont acquittés de l'obligation que le Statut leur impose.

Et ce qui est vrai des déclarations l'est aussi de la notification que le Portugal devrait faire s'il faisait usage de sa réserve.

Mais le Secrétaire général, lui, doit envoyer une copie aux autres États.

Ici, je demande à la Cour la permission d'ouvrir une courte parenthèse pour écarter une interprétation extrêmement étroite et formaliste du paragraphe 4 de l'article 36, qui avait été suggérée par la Partie adverse dans ses écritures.

Au paragraphe 4 des exceptions préliminaires, il était dit que cette obligation incombant au Secrétaire général visait uniquement les déclarations et que l'article 36, paragraphe 4, ne parlait pas des notifications. En d'autres termes, le Secrétaire général — d'après cette interprétation — aurait le devoir de transmettre copie des déclarations. Mais si le Portugal lui notifiait qu'il exclut de son engagement certaines catégories de différends, le Secrétaire général ne serait pas tenu de faire part de cette notification aux autres États.

Cette idée est énoncée à la fin du paragraphe 32 des exceptions préliminaires.

Je crois inutile de m'appesantir sur la faiblesse trop évidente d'une pareille interprétation. Mais enfin, pour en avoir le cœur net, nous nous sommes adressés au Secrétaire général lui-même et nous lui avons demandé comment il interprétait et comment il appliquait le paragraphe 4 de l'article 36. Sa réponse est reproduite à l'annexe 3 de nos *observations et conclusions*. Elle confirme que les craintes éprouvées par nos estimés contradicteurs sont purement chimériques et que, si par aventure le Gouvernement portugais venait à faire usage du droit qu'il s'est réservé, la notification qu'il en ferait au Secrétariat des Nations Unies serait transmise aux autres États et au Greffe de la Cour dans les mêmes conditions que la déclaration elle-même.

Donc le Gouvernement de l'Inde, comme ceux de tous les Membres des Nations Unies, aurait connaissance de la déclaration que le Portugal ferait éventuellement en vertu de sa réserve.

Mais il est évident que la communication du Secrétaire général prend un certain temps. Il faut que le Secrétaire général en fasse l'envoi — et, quelle que soit sa diligence, cet envoi ne peut pas avoir lieu à l'instant même où la notification lui est remise. Et puis, il faut que la copie soit acheminée jusqu'au lieu de destination, ce qui prend aussi un certain temps, variable suivant les distances.

Bref, entre le dépôt de la déclaration au Secrétariat et la réception de la copie envoyée par le Secrétariat, il y a forcément un certain décalage. Pendant ce laps de temps, les autres États ignorent le changement qui s'est produit.

Personne ne le conteste. Seulement la question est de savoir si cette incertitude momentanée et de caractère purement subjectif est incompatible avec le système de la disposition facultative de l'article 36. Voilà ce que le Gouvernement de l'Inde devrait démontrer.

Or il ne le fait en aucune façon. Et il serait d'autant plus difficile de le faire que cet élément d'incertitude subjective est inhérent au système lui-même, qu'il en constitue — si je puis dire — une des caractéristiques.

Cet élément d'incertitude, ce n'est pas seulement dans l'application de la réserve portugaise qu'il se révélerait, mais chaque fois qu'un État prend une décision concernant l'utilisation de la disposition facultative.

Lorsqu'un État accepte la juridiction de la Cour, la déclaration qu'il remet à ce sujet au Secrétaire général produit automatiquement ses effets. L'État déclarant est lié (je cite le texte) « de plein droit et sans convention spéciale à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation ». Et de même, les autres États acceptant la même obligation se trouveront liés à son égard. Le lien juridique qui les unit se forme mécaniquement. Il résulte de la coexistence de leurs déclarations. Or la déclaration déposée au Secrétariat par l'État qui accepte la juridiction obligatoire de la Cour ne parviendra évidemment à la connaissance des

autres États que par la copie qui leur en sera transmise par le Secrétaire général.

Le procédé est exactement le même que celui qui serait utilisé pour faire connaître la décision éventuelle du Portugal d'exclure certaines catégories de litiges du champ de son obligation. Dans un cas comme dans l'autre, une courte période d'incertitude subjective est inévitable. Elle est — je le répète — la conséquence du système lui-même.

[Audience publique du 2 octobre 1957, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à la fin de la dernière audience, je me suis attaché à combattre l'argument de la Partie adverse d'après lequel la réserve insérée dans la déclaration portugaise serait la source d'incertitude, d'incertitude incompatible avec le système de la disposition facultative.

Cette incertitude, ainsi que je crois l'avoir démontré, est de caractère purement subjectif et provisoire.

Si un différend, auquel le Portugal est Partie, se trouve soumis à la Cour, que ce soit par le Portugal lui-même ou par son adversaire, peu importe, aucune incertitude ne peut exister sur l'étendue des obligations des deux Parties quant à la juridiction de la Cour. Et, en effet, de deux choses l'une: ou bien le Portugal aura déjà fait usage, avant cela, de sa réserve, en excluant certaines catégories de différends, et l'étendue nouvelle de son obligation sera parfaitement claire, ou bien il n'en aura pas fait usage, et son obligation sera exactement ce qu'elle était au premier jour.

Aucun doute, par conséquent, aucune incertitude ne peut exister à ce sujet.

L'incertitude dont parlent nos adversaires est toute différente. C'est l'incertitude dans laquelle peuvent se trouver d'autres États, parties au Statut, pendant le court laps de temps qui est nécessaire pour que leur parvienne la lettre du Secrétaire général des Nations Unies leur communiquant la notification que le Portugal lui aura faite.

C'est une incertitude subjective et momentanée.

Mais, comme je le disais en terminant mon intervention d'hier, cette incertitude-là, elle n'est pas spéciale au cas de la réserve portugaise. Elle se produit toujours, pour toutes les communications qui sont faites au Secrétaire général à propos de l'attitude prise par les États dans le cadre de la disposition facultative. Elle se produit, par exemple, quand un État adhère au système, déclare qu'il accepte la juridiction obligatoire de la Cour, et elle se produit également quand un État qui a accepté cette juridiction dénonce sa déclaration.

Et, à ce propos, il convient, me semble-t-il, de relever l'erreur qui a été commise par le Gouvernement indien lorsqu'il déclare, au paragraphe 31 de ses exceptions préliminaires, qu'il y aurait une différence substantielle entre la faculté de dénoncer la déclaration — c'est-à-dire de l'abolir complètement — et celle d'en réduire le champ d'application par l'exclusion de certaines catégories de différends.

En quoi cette différence consisterait-elle?

Dans le premier cas, dit le Gouvernement de l'Inde — c'est-à-dire dans le cas du droit de dénonciation —, les catégories de différends auxquelles la déclaration s'applique sont fixées par la déclaration elle-

même et elles peuvent donc être connues par une simple référence à cette déclaration.

Au contraire, dans le second cas — le cas de la réserve portugaise —, les catégories de différends auxquelles s'applique l'obligation de l'État déclarant ne sont pas fixées d'une manière immuable pour la durée de validité de la déclaration et il ne suffit pas de se référer à cette déclaration pour les connaître. Il faut encore savoir si, depuis le moment où la déclaration a été faite, l'État déclarant n'a pas usé de son droit de réduire le champ de son obligation.

L'erreur qui entache ce raisonnement est évidente. Quand il s'agit d'une déclaration pouvant être dénoncée, il suffirait, dit-on, de connaître la déclaration elle-même pour connaître les obligations existant entre l'État déclarant et les autres.

Ce n'est pas exact. Ce n'est pas exact parce qu'il y a un autre facteur essentiel, dont la connaissance est indispensable. Il faut savoir si l'État déclarant a fait usage ou non de son droit de dénonciation.

S'il en a fait usage, l'obligation n'existe plus. Et, par conséquent, les droits qui en résultaient pour les autres États ont été anéantis.

Mais comment savoir que ce changement radical s'est produit? La seule façon de le savoir, c'est de connaître la dénonciation qui a été notifiée au Secrétaire général des Nations Unies. Aussi longtemps que cette dénonciation n'a pas été portée à la connaissance des autres États, ceux-ci restent dans l'ignorance du changement qui s'est réalisé.

Il est donc inexact de dire, comme le fait la Partie adverse dans ses écritures, qu'en pareil cas les catégories de différends auxquelles s'applique l'obligation de l'État déclarant peuvent être connues par une simple référence à la déclaration elle-même. Sans doute le contenu de l'obligation est-il immuable; mais l'existence même de l'obligation est incertaine. Elle dépend de l'usage que l'État déclarant peut avoir fait de son droit de dénonciation.

La situation juridique des Parties résulte de deux facteurs: d'abord la déclaration elle-même et ensuite le fait de la dénonciation ou de l'absence de dénonciation.

Il faut être au courant de ces deux éléments pour connaître la situation qui en résulte.

Le système de la disposition facultative comporte donc une marge d'incertitude pour les États qui déclarent l'accepter.

Les droits et les obligations qui en résultent pour ces États sont loin d'être fixés par l'acceptation elle-même. Ils dépendent de circonstances qui leur échappent et qui sont imprévisibles.

Ils dépendent d'abord du point de savoir quels sont les autres États qui seront également liés par la disposition facultative au moment où la déclaration produira ses effets, c'est-à-dire au moment où la Cour sera appelée à exercer sa juridiction. Et ils dépendent ensuite des obligations qui lieront à ce moment-là l'État avec lequel ils auront un différend.

Or ces circonstances, qui se modifient constamment, ne sont pas portées instantanément à la connaissance des États intéressés. Entre le moment où elles se produisent et le moment où ces autres États en ont connaissance, un certain décalage existe nécessairement. Il y a donc forcément pour les autres États une période d'incertitude, mais cette incertitude subjective n'empêche aucunement le système de fonctionner.

Monsieur le Président, Messieurs les Membres de la Cour, les observations que je viens d'avoir l'honneur de présenter me semblent établir de la façon la plus certaine que les griefs qui sont articulés par le Gouvernement de l'Inde contre la réserve portugaise sont dépourvus de toute valeur juridique.

La réserve insérée par le Portugal dans sa déclaration du 19 décembre 1955 n'est en contradiction avec aucune exigence du système de la disposition facultative.

Mais l'argumentation qui sert de base à la première exception préliminaire doit être considérée également sous un autre aspect.

Si la réserve incriminée par nos adversaires était entachée de nullité, comme ils le prétendent, il leur resterait à démontrer que cette nullité entraîne celle de la déclaration tout entière. Et, en effet, ce qui importe, dans le différend dont la Cour est saisie, ce n'est pas la validité ou la nullité de la réserve, puisque cette réserve n'a aucun rapport avec ce différend; c'est la nullité ou la validité de la déclaration, parce que c'est cette déclaration qui sert de base à notre requête.

La question de savoir si la nullité d'une clause insérée dans un acte juridique entraîne la nullité de cet acte lui-même est une question qui n'est pas nouvelle. C'est une question qui s'est posée fréquemment, surtout dans le domaine du droit interne, où les solutions qu'elle a reçues font ressortir, semble-t-il, l'existence d'un principe général de droit, applicable également sur le plan international. Or il ne me paraît pas que ce principe général de droit confirmerait en quoi que ce soit la thèse soutenue par le Gouvernement indien.

Loin d'admettre que la nullité d'une clause particulière entraîne nécessairement la nullité de l'acte lui-même, le principe dont il s'agit tend, au contraire, à préserver la validité de cet acte et à limiter à la clause illicite les conséquences du vice qui l'entache. La nullité de la clause n'entraîne la nullité de l'ensemble dont elle fait partie que lorsque cette clause constitue un élément essentiel de cet ensemble, — un élément que l'on ne peut pas isoler, sans trahir la volonté du sujet de droit (ou des sujets de droit) dont l'acte émane.

C'est le vieux principe du droit romain: *Utile per inutile non vitiatur*.

Le Code suisse des obligations en fait une application très nette dans son article 20, alinéa 2, qui est ainsi rédigé:

« Si le contrat n'est vicié que dans certaines de ses clauses, ces clauses sont seules frappées de nullité, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans elles. »

Le principe est donc celui de la division et ce principe ne cède que lorsqu'il est constant que les Parties n'auraient pas contracté sans la clause qui est reconnue illicite.

« La divisibilité est ainsi la règle et devra donc être admise en cas de doute; l'indivisibilité sera l'exception. »

Ainsi s'expriment Schneider et Pick dans leur *Commentaire du Code fédéral des obligations* (tome I, p. 58).

Le Code civil français ne contient pas de disposition générale applicable en la matière. Mais la doctrine et la jurisprudence françaises s'inspirent largement d'une théorie qui aboutit à des résultats analogues.

C'est la théorie de la « cause impulsive et déterminante ». Elle repose sur cette idée que, pour apprécier l'effet d'une disposition illicite sur

l'ensemble de l'acte où elle figure, il faut se demander, à la lumière des circonstances, si cette disposition avait un caractère essentiel dans l'esprit de l'auteur de l'acte; si elle a été la cause impulsive et déterminante de sa volonté. Dans ce cas — mais dans ce cas seulement — sa nullité entraînera celle de l'acte tout entier.

(Je me réfère notamment à Capitant, *De la cause des obligations*, p. 456; Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, vol. 10, *Contrats civils*, tome I, n° 477.)

Même principe général dans le droit anglais:

« Where you cannot sever the illegal from the legal part of a covenant, the contract is altogether void; but where you can sever them you may reject the bad part and retain the good. »

Ainsi s'exprime Pollock dans ses *Principles of Contract* (10^{me} éd., 1936 p. 411).

Anson, dans ses *Principles of the English Law Contracts* (17^{me} éd., 1929, p. 249), le fait dans des termes identiques.

Même principe dans le Code polonais des obligations, dont l'article 56 prescrit que les contrats contraires à l'ordre public, à la loi ou aux bonnes mœurs seront nuls, mais ajoute:

« Lorsque de tels vices n'entachent que certaines des dispositions du contrat, les autres dispositions demeurent valables, à moins qu'il n'y ait lieu d'admettre que les parties n'auraient pas conclu le contrat en l'absence des dispositions frappées de nullité. »

Même principe dans le Code civil égyptien dont l'article 143 est ainsi conçu:

« Lorsqu'une partie du contrat est nulle ou annulable, cette partie seule sera frappée de nullité, à moins qu'il ne soit établi que le contrat n'aurait pas été conclu sans la partie qui est nulle ou annulable, auquel cas le contrat sera nul pour le tout. »

Même principe dans le Code civil de la République argentine:

Article 1039: « La nullité d'un acte juridique peut être totale ou seulement partielle. La nullité partielle d'une disposition figurant dans cet acte n'empêchera par les autres dispositions d'être valables, chaque fois qu'elles pourront en être séparées. »

Même principe dans le Code civil italien:

Article 1419: « La nullité partielle d'un contrat ou la nullité de clauses particulières emporte la nullité du contrat tout entier, s'il en résulte que les contractants ne l'auraient pas conclu sans cette partie de son contenu, qui est entachée de nullité. »

Même principe dans le Code civil autrichien:

Paragraphe 878, chiffre II: « Si des choses possibles et des choses impossibles ont été stipulées en même temps, le contrat reste valable pour les premières, si toutefois il ne résulte pas de la convention qu'aucun point ne peut se séparer des autres. »

Voilà le principe dont il faut s'inspirer. Faut-il dire qu'à la lumière de ce principe la nullité de la réserve incriminée — à supposer que cette nullité

fût établie — devrait entraîner celle de la déclaration portugaise dans son entièreté?

C'est évidemment une question d'appréciation puisqu'il s'agit de savoir si la clause est inséparable de l'engagement auquel elle se rattache et qu'on ne peut se prononcer sur ce point qu'à la lumière des circonstances.

Mais la nullité de la déclaration ne devrait être considérée comme résultant de la nullité éventuelle de la réserve que si la Cour était convaincue que la séparation est impossible.

Il me semble difficile d'arriver à pareille conclusion quand on examine objectivement les circonstances qui ont présidé à l'acceptation par le Portugal de la juridiction obligatoire de la Cour. Et, à cet égard, je voudrais présenter quelques brèves observations.

Dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, deux membres de la Cour ont examiné la question de savoir si la nullité éventuelle de la réserve insérée dans la déclaration française entraînait la nullité de cette déclaration. Ils se sont prononcés pour l'affirmative. Mais par quel raisonnement sont-ils arrivés à cette conclusion?

La réserve française, on s'en souvient, concerne les différends relevant essentiellement de la compétence nationale. Et le point délicat est que le Gouvernement français s'est réservé le droit de trancher lui-même cette question dans les litiges soumis à la Cour.

Nous sommes là manifestement en présence d'une *condition*, au sens propre du mot.

Comme l'a dit le juge Lauterpacht, dans son opinion individuelle, il s'agit en pareil cas d'une clause qui est inséparable de l'engagement, qui est de l'essence même de l'engagement.

Peut-on dire que la réserve insérée dans la déclaration portugaise présente le même caractère? Certainement non.

Il est bien vrai — et nos adversaires n'ont pas manqué de le faire observer — que, dans le texte de la déclaration, le Gouvernement portugais a qualifié sa réserve de « condition ».

Mais tout le monde sait que les juristes eux-mêmes font souvent un usage abusif de ce terme et qu'ils qualifient de condition des réserves, des limitations, qui n'ont pas le caractère juridique d'une véritable condition.

Une condition, c'est un élément dont dépend l'existence de l'obligation.

Je me permets de croire qu'en l'espèce la réserve incriminée n'a aucunement ce caractère.

Cette réserve, en réalité, qu'est-ce que c'est? C'est tout simplement, comme je le disais tout à l'heure, une clause de revision. C'est une clause par laquelle l'État déclarant s'est réservé le droit de reviser sa déclaration avant l'échéance du terme.

D'autre part, si l'on prend en considération les intentions du Gouvernement portugais au moment où il a adhéré au système de la disposition facultative, il me paraît vraiment difficile de prétendre que cette possibilité de revision qu'il s'est réservée puisse être considérée comme une « cause impulsive et déterminante » de sa décision — pour reprendre la terminologie de la doctrine française.

Et, dans tous les cas, le Gouvernement de l'Inde pourrait malaisément le soutenir, puisque, d'après lui, la « cause impulsive et déterminante » du Portugal, en faisant sa déclaration, aurait été de s'assurer le droit de porter devant la Cour son litige avec l'Union indienne.

Or il est incontestable que la réserve incriminée est complètement étrangère à l'exercice de ce droit.

Quoi qu'il en soit, la règle dont il faut s'inspirer pour résoudre la question que j'examine en ce moment, c'est — je le répète — le principe de la division. En principe, la division doit être admise; et c'est uniquement quand elle paraît impossible, à la lumière des circonstances, qu'il faut la rejeter. *Utile per inutile non vitiatur.*

Mais je m'en voudrais d'insister davantage sur ce point. La question ne pourrait en effet avoir d'intérêt pour la solution de notre différend que si la Cour admettait la nullité de la réserve portugaise. Or, je crois avoir établi que cette nullité ne peut vraiment pas être sérieusement soutenue.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde maintenant l'examen de la *deuxième exception préliminaire* soulevée par le Gouvernement de l'Inde. Cette exception n'est plus fondée sur le caractère illicite de la déclaration portugaise, mais sur le caractère prématuré de la requête introductive d'instance.

D'après le Gouvernement de l'Inde, un État n'aurait pas le droit de soumettre une affaire à la Cour par voie de requête, en se basant sur le système de la disposition facultative, avant que sa déclaration n'ait été portée à la connaissance de l'autre Partie.

Que fait-il penser de cette thèse?

L'article 36 du Statut de la Cour n'en porte évidemment aucune trace. L'article 36 dit que tout État qui est partie au Statut pourra, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour sur tous les différends d'ordre juridique se rattachant aux catégories qu'il énumère. Et il précise que cette déclaration le liera « de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation ».

Rien, dans le texte de l'article 36, ne subordonne les effets de la déclaration à la condition qu'elle soit parvenue à la connaissance des autres États ayant accepté la même obligation que le déclarant.

L'article 36 prévoit, il est vrai, dans son paragraphe 4, que le Secrétaire général des Nations Unies transmettra une copie des déclarations aux autres États qui sont parties au Statut, ainsi qu'au Greffier de la Cour. Mais cette disposition a simplement pour objet de prescrire une obligation au Secrétaire général. Elle ne concerne pas les États déclarants et elle est sans aucune influence sur l'entrée en vigueur des déclarations. La tâche dont le Secrétaire général est ainsi chargé est tout à fait indépendante du sort de la déclaration et des effets qu'elle produit entre États déclarants quant à la juridiction obligatoire de la Cour.

Personne n'a jamais soutenu, à ma connaissance, que l'entrée en vigueur de la déclaration serait suspendue aussi longtemps que le devoir prescrit au Secrétaire général n'aurait pas été rempli et n'aurait pas produit ses effets.

Personne n'a jamais soutenu non plus que l'État qui fait une déclaration sur la base de l'article 36, paragraphe 2, ne pourrait pas exercer le droit que cette déclaration lui confère — c'est-à-dire le droit de soumettre à la Cour un différend l'opposant à un autre État qui a accepté la même obligation — sans avoir porté lui-même sa déclaration à la connaissance de cet autre État, par la voie diplomatique.

Le professeur Waldock l'a constaté dans sa plaidoirie du 24 septembre. Le dépôt de la requête, a-t-il dit, n'est pas subordonné à une telle notifi-

cation, — c'est-à-dire à une notification personnelle faite par l'État déclarant à l'autre État (compte rendu, p. 38).

A cet égard, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il me sera permis cependant de relever un reproche tout à fait indiscuté qui nous a été fait par le Gouvernement de l'Inde, au paragraphe 38 de ses exceptions préliminaires. Le Gouvernement de l'Inde nous fait grief de ne pas lui avoir soumis une proposition de règlement du litige avant de saisir la Cour. Et il nous reproche comme un « manque de courtoisie » — ce sont ses propres termes — de ne pas l'avoir informé directement du dépôt de notre requête.

Je n'ai pas besoin de dire qu'en toute hypothèse, aucune règle de droit ne nous faisait un devoir d'agir de la sorte. Aucune règle de droit ne nous obligeait à communiquer personnellement, par la voie diplomatique, notre déclaration au Gouvernement de l'Inde.

Mais le Gouvernement portugais ne peut pas admettre qu'il aurait ainsi manqué aux usages. Son attitude n'est pas seulement conforme aux dispositions du Statut et du Règlement de la Cour; elle est conforme à la pratique.

Et je crois que le Gouvernement de l'Inde est d'autant moins justifié à nous adresser un tel reproche qu'il avait pris lui-même avant cela, vis-à-vis du Portugal, certaines mesures qu'on pourrait difficilement qualifier d'amicales. Je fais allusion à la fermeture de la légation de l'Inde à Lisbonne, au mois de juin 1953, et à l'invitation qui nous a été adressée, en juillet 1955, de fermer la légation du Portugal à la Nouvelle-Delhi.

Mais ne nous attardons pas à ces considérations. Et revenons au domaine purement juridique, qui est le nôtre.

L'article 36 du Statut se borne donc à énoncer la règle suivante: l'État qui adhère à la disposition facultative accepte par-là même la juridiction de la Cour à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation.

Quelle était donc, d'après cette disposition, la situation juridique des Parties, au moment du dépôt de la requête portugaise, c'est-à-dire le 22 décembre 1955?

Par sa déclaration du 28 février 1940, le Gouvernement de l'Inde avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour pour toutes les catégories de différends énumérées à l'article 36 du Statut. Les seules réserves de cette déclaration qui pourraient éventuellement intéresser le présent litige sont celles qui excluent les différends relevant de la compétence nationale de l'Inde ainsi que les différends se rapportant à des circonstances ou à des faits antérieurs à la date du 5 février 1930. Ces deux réserves sont à la base de la cinquième et de la sixième exceptions préliminaires et elles font l'objet d'un examen séparé. M. le doyen Galvão Telles a examiné l'une d'entre elles, la sixième, et j'aurai l'honneur d'examiner plus tard l'autre, la cinquième.

Mais, en dehors de ces deux réserves, il n'est pas contesté que le présent litige relève, par son objet, de l'obligation qui liait le Gouvernement de l'Inde; au moment du dépôt de la requête introductive d'instance. A ce moment-là, le Gouvernement de l'Inde était juridiquement tenu de se soumettre à la juridiction de la Cour « à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation ».

La seule question qui se pose est donc de savoir si, à cette date, le Portugal avait accepté la même obligation. Or aucun doute n'est possible

sur ce point. Le Portugal avait accepté la même obligation par sa déclaration du 19 décembre.

Il semble donc bien que la question se trouve résolue par cette simple constatation.

Comment le Gouvernement de l'Inde essaie-t-il, dans ces conditions, de justifier sa deuxième exception?

Ce n'est pas en se basant sur une règle formelle du Statut. C'est en invoquant un principe qu'il prétend contenu implicitement dans le système de la disposition facultative. Ce principe, c'est celui de l'égalité des États devant la Cour. D'après nos adversaires, tout le système de la disposition facultative reposerait sur lui.

L'égalité des États devant la Cour! Que faut-il entendre par là?

Il y a, dans le Statut, deux articles qui en font application dans des limites bien déterminées.

Il y a l'article 35, paragraphe 2. D'après ses dispositions, les conditions dans lesquelles la Cour est ouverte aux États qui ne sont pas parties au Statut sont fixées par le Conseil de Sécurité, et le texte ajoute qu'il ne peut en résulter pour les Parties aucune inégalité devant la Cour.

Le principe d'égalité est donc énoncé dans cette disposition; mais la portée qui lui est donnée est limitée aux conditions fixées par le Conseil de Sécurité pour l'admission des États qui ne sont pas membres du Statut.

Il est clair que cette disposition est tout à fait étrangère au cas qui nous occupe.

La seconde disposition du Statut où se manifeste aussi le principe d'égalité, c'est l'article 36, paragraphe 2, que je viens de rappeler il y a un instant.

Dans cette seconde disposition l'égalité des États devant la Cour consiste dans la réciprocité de leurs obligations.

L'étendue des obligations assumées par les États, en ce qui concerne la juridiction obligatoire de la Cour, est soumise au principe de la réciprocité.

C'est tout ce que dit l'article 36, alinéa 2.

Il s'inspire d'une idée égalitaire, je le veux bien. Mais il ne consacre aucunement un principe général d'égalité qui serait applicable à l'ensemble du système de la clause facultative. Il consacre l'égalité des États déclarants, sous la forme et dans les limites que je viens de rappeler.

Il serait impossible de dégager des deux dispositions que je viens de citer la preuve que le système de la clause facultative serait dominé tout entier par le principe d'égalité. Ce serait forcer manifestement la portée de ces dispositions. Et, sur ce point, j'ai constaté avec plaisir que nous étions d'accord avec nos adversaires.

Le professeur Waldock a déclaré, à l'audience du 24 septembre, que le Gouvernement de l'Inde ne citait pas ces deux dispositions comme fournissant un argument direct à l'appui de sa thèse (compte rendu, p. 35).

D'où vient alors, d'après la Partie adverse, ce principe général d'égalité qu'elle croit être à la base de tout le système de la disposition facultative? Car, pour elle, c'est bien un principe général. C'est un principe qui imprègne et qui domine le système tout entier.

Je cite encore la plaidoirie du professeur Waldock:

« Selon notre thèse, le principe de l'égalité sert de base à tout le jeu de la disposition facultative et, pour cette raison, doit non

moins s'appliquer au droit d'introduire une instance qu'à l'obligation de se soumettre à une juridiction. » (Compte rendu, p. 35.)

Et plus loin :

« C'est un principe élémentaire de justice, qui existe indépendamment du Statut... Son application générale était supposée par les rédacteurs du Statut. » (Compte rendu, p. 35.)

Comme on le voit, l'argumentation de nos estimés contradicteurs sort résolument des termes du Statut. Elle s'appuie, non pas sur les dispositions de l'article 36 instituant le système auquel l'Inde et le Portugal ont adhéré par leurs déclarations de 1940 et de 1955, mais sur un principe indépendant du Statut, qui aurait été, nous dit-on, incorporé implicitement à ce dernier.

Cette incorporation, d'où résulte-t-elle ? Qu'est-ce qui permet d'affirmer que les auteurs du Statut ont eu la volonté de la réaliser ?

Ce n'est pas le texte du Statut, nous l'avons vu. Ce ne sont pas même les travaux préparatoires, car les travaux préparatoires n'indiquent rien de semblable.

La preuve de cette incorporation, le Gouvernement de l'Inde croit la trouver dans le caractère consensuel des liens qui se forment entre les États acceptant la juridiction obligatoire de la Cour.

Nos estimés contradicteurs attachent à ce caractère consensuel une importance majeure et, par conséquent, il est nécessaire, me semble-t-il, de le préciser.

Les États qui adhèrent au système de la disposition facultative le font incontestablement par des actes unilatéraux ; par des déclarations où la volonté de chaque État se manifeste indépendamment de celle des autres.

Le caractère unilatéral des déclarations est indiscutable. Il a d'ailleurs été constaté à plusieurs reprises par la Cour.

Ce qui crée un lien juridique entre les États qui font ces déclarations unilatérales, c'est la coïncidence de leurs déclarations — ou, plus exactement peut-être, c'est la disposition de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, qui établit une réciprocité de droits et d'obligations entre les États acceptant la même obligation.

Des rapports contractuels se forment entre ces États, par suite de la similitude de leurs engagements et en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut.

Nous sommes donc d'accord pour reconnaître, dans les conditions que je viens de dire, la formation d'un lien consensuel.

Mais en quoi la formation d'un tel lien fournirait-elle la base de la thèse de nos adversaires ? En quoi justifierait-elle leur prétention ? Car cette prétention, nous ne devons pas la perdre de vue. Et il est temps d'y arriver.

C'est très bien d'échafauder des raisonnements juridiques et de dissertar sur certaines notions abstraites. Mais l'essentiel est tout de même de savoir à quoi tend tout ce travail de théoricien.

Quel est le but qu'on lui assigne ? Que veut-on prouver, en fin de compte ?

Dans le cas qui nous occupe, ce qu'on veut prouver est très simple. On veut prouver qu'un État adhérent au système de la disposition facultative ne pourrait pas exercer les droits résultant de son adhésion, à l'égard d'un autre État adhérent, aussi longtemps que sa déclaration n'a pas été portée à la connaissance de ce dernier.

L'insistance que l'on met à établir le caractère consensuel du lien juridique qui les unit n'a pas d'autre but que d'arriver à cette conclusion.

La connaissance par l'autre Partie de la déclaration en vertu de laquelle le demandeur porte une affaire devant la Cour serait nécessaire pour que la requête introductive d'instance fût valable.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je reviendrai dans un instant sur un correctif que le Gouvernement de l'Inde a apporté à sa thèse, en remplaçant l'exigence d'une connaissance effective par celle de l'écoulement d'un certain délai. Mais, pour ne pas compliquer les choses, laissons de côté pour le moment ce correctif.

La connaissance par le défendeur de la déclaration faite par le demandeur serait nécessaire pour que la requête introductive d'instance fût valable. Et c'est précisément parce que le Gouvernement de l'Inde n'avait pas encore reçu communication de la déclaration portugaise à la date où la présente affaire a été portée devant la Cour qu'il plaide la nullité de notre requête.

Voilà, sous une forme précise, le grief qui nous est fait.

Or pour soutenir que notre requête est nulle, comme on ne trouve pas d'argument dans le texte du Statut, on en cherche ailleurs. Et on croit en avoir trouvé un dans le caractère consensuel du lien qui s'est formé entre l'Union indienne et le Portugal sous l'égide du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut.

Mais alors, j'en reviens à la question que j'indiquais il y a un instant : En quoi le caractère consensuel du lien qui nous unit peut-il justifier la prétention qu'on émet de l'autre côté de la barre ?

Dans un contrat ordinaire, ou chacun des deux contractants doit accepter l'engagement de l'autre pour que le contrat se forme, l'opération exige évidemment que chacune des deux Parties connaisse la volonté de l'autre, puisque le contenu de cette volonté doit être accepté.

Encore cette condition n'est-elle pas toujours exigée, loin de là, dans les contrats par correspondance ; bien souvent, en effet, le lien contractuel est considéré comme définitivement formé dès le moment où le message d'acceptation est expédié et sans attendre qu'il arrive à la connaissance de son destinataire. Il en est ainsi en droit français, en droit anglais, en droit américain et dans beaucoup d'autres droits. Et je pense qu'il en est même ainsi en droit indien. C'était le cas certainement sous le régime de l'*Indian Contract Act* de 1872, et je ne crois pas que cet acte ait été abrogé.

Mais il ne s'agit pas ici de contrats ordinaires, ni de contrats par correspondance. Il s'agit d'une institution spéciale du droit international public, d'une institution *sui generis*, dont l'organisation est déterminée par l'article 36 du Statut de la Cour. Et quand il s'agit d'institutions comme celle-là, les analogies risquent d'être trompeuses.

Le professeur Waldock n'a pas résisté cependant à la tentation de chercher ailleurs que dans le texte de l'article 36 du Statut des arguments que ce texte refusait de lui fournir. Et il a cru trouver un appui pour sa thèse dans la pratique des conventions collectives. Seulement, je crains pour lui que cette comparaison ne l'ait induit en erreur.

Il nous a dit que les principes régissant les réserves apportées aux conventions collectives corroboraient son point de vue. Une partie à une convention collective, a-t-il déclaré, n'est pas liée immédiatement par l'adhésion d'un nouvel État à cette convention « lorsque cette adhésion est assortie de réserves ». Et à l'appui de cette opinion, il a

cité certains passages de l'avis consultatif de la Cour concernant les réserves apportées à la convention sur le génocide.

C'est à propos de la quatrième exception qu'il a fait ces citations. Elles figurent dans le compte rendu, pages 48 et 49; mais évidemment elles s'appliquent à la deuxième comme à la quatrième.

Dans les passages auxquels le professeur Waldock s'est référé, la Cour rappelle qu'en principe le consentement des autres Gouvernements intéressés doit être obtenu avant qu'ils soient liés par la réserve de l'État adhérent.

De là on prétend inférer que les déclarations faites sur la base de l'article 36, paragraphe 2, du Statut, devraient être connues des États adhérents avant de produire leurs effets. Mais l'analogie est boiteuse.

D'abord il ne faut pas oublier que, dans le système de la disposition facultative, les États acceptent d'avance toutes les réserves qui ne sont pas en contradiction avec les dispositions du Statut. Le principe auquel il faut toujours revenir, c'est que, dans le système de la disposition facultative, la liberté des États n'est sacrifiée que quand elle entre en conflit avec les règles impératives du Statut. Par conséquent, les États qui sont parties au Statut acceptent d'avance toutes les réserves, à la seule exception de celles qui enfreignent de telles règles.

Le principe rappelé par la Cour dans le passage de son avis cité par le professeur Waldock est donc en parfait accord avec la validité des réserves qui, comme la réserve portugaise, n'entrent en conflit avec aucune règle impérative du Statut.

Mais il y a une autre faiblesse dans l'argument tiré de l'attitude du droit international à l'égard des réserves apportées aux conventions collectives. D'abord je n'ai pas besoin de rappeler que cette attitude est loin d'être fixée d'une manière certaine et uniforme. S'il y a au contraire une matière controversée, c'est bien celle-là.

Mais l'observation que je tiens surtout à faire, c'est que dans la deuxième exception préliminaire du Gouvernement indien, il ne s'agit aucunement des réserves dont peuvent être assorties les déclarations d'adhésion à la disposition facultative. Il s'agit des déclarations elles-mêmes.

Ce que nos adversaires soutiennent, c'est que la déclaration du Portugal aurait dû parvenir à la connaissance du Gouvernement de l'Inde avant le dépôt de la requête introductive d'instance. Il s'agit des adhésions au système de l'article 36, paragraphe 2, et non des réserves dont ces adhésions peuvent être accompagnées.

Or il n'est pas douteux que quand une convention collective contient une clause d'adhésion, les déclarations unilatérales faites en vertu de cette clause produisent leurs effets sans qu'on exige pour cela qu'elles soient parvenues à la connaissance des autres États adhérents.

Et je me permettrai enfin de faire observer que si l'on appliquait aux déclarations faites en vertu de l'article 36, paragraphe 2, le principe rappelé par le professeur Waldock à propos des réserves aux conventions collectives, ce qu'il faudrait exiger, ce n'est pas seulement que ces déclarations soient parvenues à la connaissance des autres États contractants, mais bien qu'elles aient été acceptées par eux.

Le principe rappelé par le professeur Waldock est le suivant — je cite :

« Le consentement des autres Gouvernements intéressés doit être obtenu avant qu'ils ne puissent être liés par une réserve. »

Si l'on devait appliquer ce principe, il faudrait donc dire que le consentement des autres gouvernements adhérant au système de la disposition facultative doit être obtenu avant qu'ils ne puissent être liés par une déclaration nouvelle.

Je crois qu'il suffit de faire cette constatation pour être conscient du danger de certaines analogies, et qu'après cette remarque nous pouvons clore le chapitre des réserves aux conventions collectives.

Ainsi, d'après nos adversaires, quand un État fait une déclaration sur pied de l'article 36, paragraphe 2, les effets de cette déclaration ne pourraient pas se produire automatiquement, instantanément, à l'égard des autres États. L'État déclarant devrait attendre pour exercer les droits que cette déclaration lui confère — c'est-à-dire pour introduire une affaire devant la Cour contre un autre État, — que sa déclaration ait été portée à la connaissance de ce dernier.

Cette condition n'est pas prévue par le texte du Statut. Aucun article n'en fait mention. Mais, d'après le Gouvernement de l'Inde, elle serait la conséquence du principe de l'égalité des États devant la Cour — principe qui, lui-même, n'est pas énoncé dans le Statut, mais qui résulte implicitement, nous dit-on, du caractère consensuel du lien qui se forme entre les différents États adhérant au système de la disposition facultative.

Or, s'il en était ainsi pour les effets d'une déclaration nouvelle, il devrait en être de même pour les effets de l'abrogation d'une déclaration existante. Quand un État dénonce sa déclaration sans préavis, les effets de cette dénonciation devraient être différés. Ils ne pourraient pas se produire automatiquement vis-à-vis des autres États qui ont adhéré au système. La dénonciation met fin au lien juridique qui existait entre ces États et celui qui use de son droit de dénonciation. En libérant ce dernier de ses obligations, elle prive les autres du droit qu'ils avaient d'agir contre lui devant la Cour.

Si la thèse du Gouvernement de l'Inde était exacte, ce changement ne pourrait pas se produire instantanément. Un effet instantané serait contraire au principe de l'égalité, conséquence nécessaire, nous dit-on, du caractère consensuel du lien juridique existant.

Et cependant, nous pouvons constater que le Gouvernement de l'Inde n'a pas envisagé les choses de cette façon, en ce qui le concerne.

Comme je l'ai rappelé hier, le 7 janvier 1956 le Gouvernement de l'Inde a dénoncé sa déclaration du 28 février 1949, avec effet immédiat, et il lui a substitué instantanément une déclaration nouvelle ayant une portée toute différente. Ce changement était alors inconnu des autres États parties au Statut et il était inconnu notamment du Portugal, qui n'en a été avisé que par une lettre du Secrétaire général datée du 30 janvier.

Si le principe d'égalité avait la portée que lui prête le Gouvernement de l'Inde, celui-ci n'aurait pas pu invoquer le changement survenu dans ses rapports avec le Portugal pendant la période séparant le 7 janvier 1956 du jour où la lettre du Secrétaire général est parvenue à Lisbonne.

De même, le 8 février 1957, le Gouvernement de l'Inde a dénoncé sa déclaration du 7 janvier 1956, en annonçant simplement qu'une déclaration nouvelle serait faite prochainement. Si la thèse soutenue par lui dans le présent litige était exacte, il faudrait admettre que sa dénonciation du 8 février 1957 n'est devenue opposable aux autres États parties au Statut que le jour où ces États ont reçu la copie que leur en a adressée le Secrétaire général. Or, dans la pensée du Gouvernement de

l'Inde, cette déclaration du 8 février 1957 devait, au contraire, prendre effet immédiatement. « *This notice is to take effect immediately* », porte sa lettre au Secrétaire général.

On voit que, quand il est lui-même en cause — je veux dire: quand il s'agit non plus de ses obligations, mais de ses droits —, le Gouvernement de l'Inde se garde bien d'appliquer le principe qu'il invoque contre le Portugal.

Pour caractériser notre conception du système de la disposition facultative, le professeur Waldock s'est servi d'une expression qu'il a plusieurs fois répétée. Il a dit que nous donnions au système de la clause facultative le caractère d'une « machine à jetons » (compte rendu, p. 46). Et il s'est plaint que cette conception favorisait ce qu'il a appelé notre « opportunisme » (*ibidem*).

Je constate que quand il s'agit de favoriser l'opportunisme, non plus du Portugal mais de l'Inde, le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi ne voit pas d'inconvénient à se servir de la « machine à jetons ».

Ainsi donc, d'après la thèse énoncée à l'appui de la deuxième exception préliminaire, l'État qui accepte la juridiction obligatoire de la Cour ne pourrait pas introduire une requête contre un autre État aussi longtemps que celui-ci n'a pas connaissance de sa déclaration.

Mais, comme la Cour le sait, nos adversaires ont été obligés de modifier cette thèse, parce qu'ils se sont aperçus qu'elle conduisait à des conséquences inacceptables.

En effet, si l'État déclarant doit attendre que sa déclaration soit connue de l'autre Partie, il est évidemment nécessaire que, pour agir, il soit lui-même averti que cette condition se trouve remplie.

Or comment le sera-t-il? Il n'y a dans le Statut de la Cour aucune disposition prévoyant une procédure quelconque à cet effet.

Le paragraphe 4 de l'article 36 prescrit au Secrétaire général d'envoyer des copies des déclarations aux autres États et au Greffier de la Cour. Mais personne n'est chargé de faire savoir à l'État déclarant lui-même que ces communications ont atteint leur destinataire.

L'État déclarant peut donc attendre indéfiniment d'avoir la preuve que la condition nécessaire — d'après le Gouvernement de l'Inde — pour lui permettre d'ester en justice se trouve réalisée.

Cette constatation suffirait sans doute pour établir que les prétentions de la Partie adverse ne correspondent aucunement aux intentions des auteurs du Statut. Car si les auteurs du Statut avaient voulu subordonner l'exercice des droits du déclarant à la condition que sa déclaration fût portée à la connaissance de l'autre Partie, ils n'auraient pas manqué — le bon sens l'indique — de prévoir le moyen de l'en informer.

Le silence total du Statut sur ce point condamne la thèse d'après laquelle la connaissance de la déclaration par l'autre Partie intéressée serait nécessaire pour introduire valablement une requête devant la Cour.

Mais qu'à cela ne tienne. Nos estimés contradicteurs ne se considèrent pas comme battus pour si peu.

Exiger la connaissance effective de la déclaration est impossible? Eh bien! on ne l'exigera pas. On la remplacera par un succédané. On se contentera d'une connaissance présumée.

« Notre thèse — a dit le professeur Waldock — est qu'un État ne peut valablement déposer une requête avant l'expiration du

court délai nécessaire pour permettre, dans des circonstances normales, à la communication de la déclaration par le Secrétaire général d'atteindre les autres États. » (Compte rendu, p. 38.)

Et quelques lignes plus loin nous lisons, dans le compte rendu de la séance du 24 septembre, que, pour invoquer la disposition facultative contre un autre État, le déclarant a simplement l'obligation d'attendre (je cite)

« l'expiration d'un délai raisonnable pour permettre au Secrétaire général d'accomplir la tâche que lui prescrit ... l'alinéa 4 de l'article 36 ».

Nous voici donc sur un tout autre terrain. Après avoir essayé de démontrer que la connaissance réelle est nécessaire, en raison du caractère consensuel du lien juridique se formant entre les États qui adhèrent à la disposition facultative et en vertu du principe d'égalité résultant de ce caractère consensuel, nos adversaires changent leur fusil d'épaule : ils renoncent à la connaissance réelle pour se contenter de l'écoulement d'un certain laps de temps à partir du moment où la déclaration est faite.

Car, bien entendu, rien ne dit que quand ce laps de temps se sera écoulé, la communication du Secrétaire général sera effectivement parvenue à sa destination.

Nos adversaires ne le contestent pas. Mais ils admettent qu'en pareil cas, le fait d'avoir laissé s'écouler un certain délai avant d'introduire la requête suffit pour rendre cette requête valable.

Le professeur Waldock l'a dit expressément à la séance du 24 septembre (compte rendu, p. 38).

Mais alors, toute l'argumentation qu'on avait exposée en faveur de la théorie de la connaissance porte à faux. Elle devient incompréhensible.

Cette argumentation pouvait se comprendre dans le cadre de la théorie de la connaissance effective. Elle n'était pas fondée, je crois l'avoir montré, mais, enfin, elle pouvait se comprendre.

Au contraire, elle devient incompréhensible quand on abandonne la théorie de la connaissance effective pour lui substituer la théorie du « délai raisonnable ».

S'il suffit de laisser passer un certain temps pour pouvoir introduire une requête devant la Cour, même si l'autre partie ignore encore, à ce moment-là, l'existence de la déclaration, que vient faire ici l'égalité des États? Comment peut-on dire qu'on se trouve devant une exigence du principe d'égalité, puisqu'à l'expiration du délai les situations sont peut-être tout à fait inégales, puisque l'État contre lequel la requête est introduite n'a peut-être pas connaissance de la déclaration, — alors qu'évidemment l'autre État la connaît, puisque c'est lui qui l'a faite?

Comment peut-on déduire cette exigence du caractère consensuel du lien juridique, puisque, au point de vue de consentement des parties, la situation n'est pas nécessairement différente, à l'expiration du délai, de ce qu'elle était au moment où la déclaration a été faite? Et puis, on nous parle d'un délai raisonnable. Mais quel est ce délai? Il n'en est pas question dans le Statut de la Cour.

Or quand il s'agit de procédure — et nous sommes ici sur le terrain de la procédure — certaines précisions sont nécessaires.

Arrivés à ce point, nos estimés contradicteurs doivent reconnaître qu'ils sont à bout de ressources, ou tout au moins, que leur seule ressource est de faire appel à l'appréciation équitable de la Cour.

Ils sont obligés de reconnaître qu'on est devant une « lacune » du Statut. Le professeur Waldock l'a dit expressément. Il l'a même répété à plusieurs reprises.

Ainsi, toute cette belle construction — et je me permets de dire toute cette audacieuse construction — que l'esprit inventif des conseillers de l'Inde a échafaudée et qu'on demande à la Cour de consacrer dans son arrêt repose en fin de compte sur une lacune du Statut.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous soutenons que dans un cas de ce genre, il n'est pas permis de condamner comme illicite l'acceptation par un État de la juridiction obligatoire de la Cour, en s'appuyant sur des affirmations qui n'ont pas, dans le Statut lui-même, une base solide; qui ne sont que des raisonnements étrangers au texte même du Statut, et destinées à combler ce qu'on reconnaît être une lacune du Statut.

Pour nous, il n'y a pas de lacune à combler. Il n'y a pas de lacune à combler, parce que le système de l'article 36 admet en principe la liberté des États déclarants et que cette liberté n'est restreinte que dans la mesure où les auteurs du Statut l'ont dit expressément.

A défaut de disposition prohibitive, à défaut de ce que j'ai appelé précédemment les règles d'ordre public auxquelles les États déclarants doivent se soumettre, ce n'est pas devant une « lacune » qu'on se trouve, c'est devant le principe de la liberté des États.

[Audience publique du 2 octobre 1957, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il ne me reste plus qu'une brève observation à présenter pour terminer mon exposé relatif à la deuxième exception préliminaire.

Le professeur Waldock a dit qu'il n'existait pas de jurisprudence sur la question. Mais, s'il n'existe pas de jurisprudence, il existe de la doctrine.

Des juristes très distingués se sont penchés sur le problème et ont exprimé clairement ce qui leur paraît être la seule interprétation à donner, sur ce point, aux dispositions du Statut. Et, parmi eux, se trouve précisément le professeur Waldock.

Il se fait que, dans les deux derniers volumes du *British Year Book of International Law*, le professeur Waldock a publié des études remarquables qui couvrent une bonne partie des questions soulevées par les exceptions préliminaires de l'Inde.

L'une de ces études, qui a paru dans le volume de 1954, est intitulée *The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals*. L'autre, qui a paru dans le volume de 1955-1956, a pour titre *Decline of the Optional Clause*.

C'est toujours une satisfaction particulière que de pouvoir s'appuyer sur la science d'un contradicteur. Et nous n'avons pas manqué de le faire. Nous aurions même pu être tentés, pour répondre à la première, à la deuxième, à la quatrième et à la cinquième exceptions préliminaires de l'Inde, de nous contenter de reproduire les deux études que je viens de mentionner, tant elles nous paraissent convaincantes.

Nous nous sommes contentés d'y faire de larges emprunts dans nos observations écrites, et je prie le professeur Waldock de voir avant tout un hommage personnel très sincère dans l'accueil que nous lui avons fait.

Je demande à la Cour la permission de lire un passage de l'article intitulé *Decline of the Optional Clause*. Il est assez long, mais la Cour reconnaîtra que cette longueur n'est pas excessive eu égard à sa substance.

« The mere fact that a State is a party to the Statute gives it the power, under the Optional Clause, at any moment to put itself into the position of being able instantly to bring before the Court any States which have already subscribed to the Optional Clause in any case covered by the terms of their declarations. Being a party to the Statute, it has the right under the Optional Clause at any time and without reference to any other State to make a declaration recognizing the compulsory jurisdiction of the Court in relation to States which also subscribe to the Optional Clause. If it does so, it automatically has the right to use the procedure provided in Article 40 (1) of the Statute and Article 32 (2) of the Rules and, by filing an Application with the Registrar, may at once bring before the Court compulsorily any other State which subscribes to the Optional Clause in any case covered by the terms of its own and its opponent's declarations. The making of the declaration, its deposit with the Secretary-General of the United Nations and the filing of the Application can all be effected within a single day. »

Ainsi, le professeur Waldock considère comme incontestable qu'un État partie au Statut est en situation de porter une affaire devant la Cour instantanément (« instantly »); qu'il peut faire à n'importe quel moment la déclaration prévue à l'article 36, paragraphe 2, sans en référer à aucun autre État (« without reference to any other State ») — voilà qui souligne le caractère unilatéral de la déclaration —; que quand il a fait cette déclaration, il a automatiquement le droit (« it automatically has the right ») de déposer au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance.

Le caractère automatique du système est reconnu sans aucune réserve, sans aucune atténuation, par l'auteur.

Et le professeur Waldock décrit le fonctionnement du système d'une manière particulièrement frappante, en constatant que la déclaration, son dépôt au Secrétariat des Nations Unies et l'introduction de la requête devant la Cour — que tout cela, dis-je, peut être effectué dans une seule et même journée.

Il n'est donc pas question, le moins du monde, de l'obligation (proclamée aujourd'hui par le Gouvernement de l'Inde), soit d'attendre que la déclaration parvienne à la connaissance de l'autre État, soit de laisser au moins s'écouler un certain délai.

Et le professeur Waldock ajoute, quelques lignes plus loin :

« The filing of the Application establishes immediately and conclusively the jurisdiction of the Court over the case. »

(« Le dépôt de la requête établit immédiatement et définitivement la juridiction de la Cour en ce qui concerne le cas qui lui est soumis. »)

Il serait difficile, je pense, d'exprimer en termes plus catégoriques l'opinion du Gouvernement portugais, et je m'en voudrais d'ajouter quoi que ce soit à un résumé aussi parfait de notre thèse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, avec votre permission je veux aborder maintenant l'examen de la *quatrième exception préliminaire*.

Cette quatrième exception préliminaire a des affinités évidentes avec la deuxième. Comme la deuxième, elle met en cause la validité de notre requête introductive d'instance; comme la deuxième, elle soutient que le dépôt de cette requête aurait été prématuré.

Mais les motifs qui sont avancés à l'appui de la quatrième exception ne sont pas les mêmes que ceux qui sont énoncés pour justifier la deuxième. Dans la quatrième exception, ce que le Gouvernement de l'Inde nous reproche, c'est de ne pas lui avoir laissé la possibilité de faire usage lui-même de la réserve portugaise, de cette réserve dont il est dit dans la première exception qu'elle est contraire au Statut et qu'elle entache ainsi de nullité la déclaration tout entière.

Le raisonnement est le suivant:

Dans sa déclaration du 19 décembre 1955, le Portugal s'est réservé le droit d'exclure du champ d'application de cette déclaration une ou plusieurs catégories déterminées de différends. A titre de réciprocité, le Gouvernement de l'Inde avait le même droit. Il avait lui aussi la faculté d'exclure certaines catégories de différends du champ d'application de sa déclaration. Il avait cette faculté non pas vis-à-vis de tous les États qui sont liés par le système de la disposition facultative, mais vis-à-vis du Portugal. Il devait pouvoir réduire le champ d'application de son engagement même si le Portugal ne faisait pas usage du droit qu'il s'est réservé.

En fait, nous savons que la réserve portugaise est restée lettre morte, que les catégories de différends couvertes par la déclaration sont exactement les mêmes aujourd'hui qu'au moment où cette déclaration a été faite. Mais cela n'a pas d'importance. Ce que le Gouvernement de l'Inde revendique, ce n'est pas le droit d'exclure de son propre engagement les catégories de litiges que le Portugal exclurait du sien. C'est le droit de soustraire à la juridiction obligatoire de la Cour n'importe quelle catégorie de différends, même si le Portugal n'en exclut aucune, même si le Portugal laisse intact le champ d'application de sa déclaration.

Or, dit le Gouvernement de l'Inde, je ne pouvais pas user de ce droit sans connaître le texte de votre déclaration. Il fallait donc que ce texte fût porté à ma connaissance, et cela, avant l'introduction de l'instance. Une fois la Cour saisie du différend, je ne pouvais plus réduire le champ d'application de ma déclaration. C'est donc avant l'introduction de l'instance que le texte de la déclaration portugaise aurait dû m'être notifié. Le fait qu'il ne l'a pas été m'a privé de l'exercice d'un droit qui me revenait. Et, par conséquent, la requête introductive d'instance doit être considérée comme prématurée, donc comme sans effet pour saisir valablement la Cour du présent litige.

Je me permets de constater qu'en formulant ce grief, le Gouvernement de l'Inde paraît bien reconnaître que la réserve portugaise n'implique aucun effet rétroactif et qu'elle ne peut pas être invoquée pour soustraire à la compétence de la Cour une affaire qui serait déjà soumise à la Cour, parce que sinon l'argument ne se comprendrait pas. On nous reproche d'avoir introduit une requête avant de porter la déclaration à la connaissance de la Cour et on nous dit: « Vous m'avez ainsi empêché d'user à titre de réciprocité du droit d'exclure de mon engagement des catégories de différends. » Donc, cela veut bien dire qu'on reconnaît que l'inter-

prétation à donner à la réserve portugaise est qu'elle est dépourvue de tout effet rétroactif.

Avant d'aller plus loin, je crois bon de faire observer que la thèse soutenue à l'appui de la quatrième exception ne concorde pas avec celle qui est avancée à l'appui de la deuxième, en ce qui concerne les conditions de fait qui devraient être réalisées pour que la requête pût être valablement déposée au Greffe de la Cour.

Pour la deuxième exception, on nous dit que la requête peut être valablement déposée dès qu'il s'est écoulé « un délai suffisant » pour permettre à l'autre Partie de recevoir la communication du Secrétaire général des Nations Unies transmettant copie de la déclaration. La connaissance effective de cette déclaration n'est pas exigée. On se contente de l'écoulement d'un certain délai.

Or il est clair que cette exigence serait insuffisante pour remplir les conditions prévues dans l'argumentation présentée à l'appui de la quatrième exception. Ici, la connaissance réelle, la connaissance effective, est évidemment indispensable. L'Inde revendique le droit, par réciprocité, d'exclure de son obligation certaines catégories de différends, en se fondant sur ce que le Portugal s'est lui-même réservé ce droit dans sa propre déclaration. Il est évident que sans une connaissance effective de la déclaration portugaise, l'Inde ne pourrait pas user de réciprocité à cet égard.

D'après la quatrième exception, la requête portugaise n'aurait donc pu être introduite valablement qu'après la réception par le Gouvernement de l'Inde de la copie transmise par le Secrétaire général des Nations Unies. Tandis que, d'après la deuxième exception, elle pouvait être valablement introduite après l'expiration d'un certain délai, même si, à ce moment, la communication du Secrétaire général n'était pas parvenue à son destinataire.

Il faut d'ailleurs aller plus loin. En ce qui concerne la quatrième exception, le droit revendiqué par l'Union indienne n'est pas celui de connaître la déclaration portugaise. C'est celui de limiter la portée de sa propre déclaration, par l'exclusion de certaines catégories de différends. Le bon sens indique que, pour permettre au Gouvernement de l'Inde d'exercer ce droit, il ne suffit même pas d'attendre que la lettre du Secrétaire général transmettant copie de la déclaration portugaise soit parvenue à la Nouvelle-Delhi. Il faut encore laisser au Gouvernement de l'Inde, après cela, le temps nécessaire pour notifier au Secrétaire général qu'il se prévaut de la réserve formulée par le Portugal et qu'il restreint, dans ses rapports avec ce pays, le champ d'application de sa propre déclaration, en excluant telle ou telle catégorie de différends.

Combien de temps la préparation et l'exécution de cette démarche peuvent-elles prendre? Il est difficile de le dire *a priori*. Mais il est clair qu'un certain décalage est nécessaire.

Si la thèse soutenue par nos distingués contradicteurs était exacte, la présentation de la requête ne pourrait donc pas avoir lieu valablement dès la réception par le Gouvernement de l'Inde de la lettre du Secrétaire général transmettant copie de la déclaration portugaise. Il faudrait laisser s'écouler encore un laps de temps supplémentaire. Quel laps de temps? On ne nous le dit pas; et nous restons à cet égard dans la plus complète obscurité.

Ce qui est certain, dans tous les cas, c'est qu'il existe un manque de concordance entre l'argumentation présentée à l'appui de la deuxième exception et celle qui est destinée à justifier la quatrième.

Le principe que le Gouvernement de l'Inde invoque à l'appui de sa quatrième exception est celui de la réciprocité.

J'ai déjà eu l'occasion de préciser la portée de ce principe à propos de la deuxième exception, et il ne me paraît pas nécessaire de répéter ce que j'ai eu l'honneur d'exposer à ce sujet. Je me bornerai donc à rappeler quelques points essentiels.

La seule réciprocité dont il soit question à l'article 36 du Statut concerne l'étendue des obligations liant les deux États engagés dans un même litige.

En prétendant étendre le champ d'application de ce principe aux mesures qui auraient pu être prises éventuellement avant l'introduction de l'instance devant la Cour, la Partie adverse me semble déformer complètement le système de la disposition facultative.

Saisie d'un différend par une requête unilatérale, la Cour doit se demander si les obligations résultant des déclarations des deux Parties, telles qu'elles étaient en vigueur au moment du dépôt de la requête, reconnaissent sa juridiction comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale pour la catégorie de différends dont il s'agit.

La Cour n'a pas à se demander si l'une des Parties aurait pu se dégager avant cela, totalement ou partiellement, des obligations qu'elle avait assumées.

La question de compétence qu'elle peut être appelée à résoudre, en vertu du paragraphe 6 de l'article 36, ne porte que sur la situation juridique qui existe à la date du dépôt de la requête.

Au paragraphe 53 de ses exceptions préliminaires, le Gouvernement de l'Inde a fait état de deux décisions de la Cour permanente de Justice internationale, à l'appui du principe de réciprocité. Il s'agit de l'affaire des *Phosphates du Maroc* et de celle de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*.

Or aucune de ces décisions n'apporte le moindre appui de sa thèse. L'une et l'autre de ces décisions appliquent le principe de la réciprocité à la situation existant au moment de l'introduction de l'affaire, et non pas du tout à des éventualités qui auraient pu se produire — mais qui ne se sont pas produites — avant le dépôt de la requête.

En mentionnant la seconde de ces deux affaires — donc l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* —, le Gouvernement de l'Inde insiste sur le fait que la réserve qui figurait dans la déclaration belge et qu'il s'agissait d'appliquer, par réciprocité, à la Bulgarie, était une réserve *ratione temporis*.

Cette circonstance ne change en rien la portée du principe consacré par la Cour.

La réserve belge était une réserve analogue à celle que l'Union indienne invoque comme base de sa sixième exception. Elle avait pour objet d'exclure de l'engagement les différends relatifs à des circonstances ou à des faits antérieurs à une certaine date.

La Cour déclare dans son arrêt que, bien que cette réserve ne figure pas dans la déclaration du Gouvernement bulgare, celui-ci est en droit de s'en prévaloir par application du principe de réciprocité.

En revanche, la Cour constate que les circonstances et les faits auxquels se rapporte le litige dont elle est saisie ne sont pas antérieurs à la date prévue; et elle en conclut qu'elle est compétente pour juger le litige.

Ce qu'elle a considéré, pour établir cette conclusion, ce ne sont aucunement des mesures que le Gouvernement bulgare aurait pu prendre

avant l'introduction de l'instance. C'est la situation juridique des Parties au moment du dépôt de la requête.

La seule application qu'elle ait faite du principe de la réciprocité concerne l'étendue des obligations qui liaient les Parties à ce moment-là.

Ni dans l'arrêt relatif à l'affaire des *Phosphates du Maroc*, ni dans celui qui se rapporte à l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, il n'y a donc aucun argument que le Gouvernement de l'Inde puisse invoquer à l'appui de l'interprétation qu'il donne au principe de réciprocité, quand il prétend appliquer ce principe à des éventualités sans rapport avec l'étendue des obligations des Parties au moment où se déclenche la procédure devant la Cour.

En plaidoirie, le professeur Waldock n'a plus mentionné ces deux décisions, mais il a fait état de la récente affaire des *Emprunts norvégiens* et il lui a même consacré une partie importante de son argumentation.

Je dois dire que l'exemple me paraît mal choisi. Et il n'est pas difficile de démontrer que, loin de corroborer la thèse du Gouvernement de l'Inde, cet exemple met au contraire en relief l'erreur fondamentale de cette thèse.

Dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, la réserve qui était en cause est celle qui exclut de la juridiction de la Cour les différends relatifs à des affaires « relevant exclusivement de la compétence nationale, telle qu'elle est entendue par le Gouvernement de la République française ».

La déclaration de la Norvège ne contient pas de réserve analogue; mais, en vertu du principe de réciprocité, le Gouvernement d'Oslo avait fait valoir qu'il pouvait revendiquer, dans le litige dont la Cour était saisie, le bénéfice de cette réserve.

Et la Cour lui a reconnu ce droit.

Le professeur Waldock se prévaut de cette décision comme une preuve concluante en faveur de la thèse du Gouvernement de l'Inde.

La Cour, dit-il, a jugé que la Norvège était fondée, en invoquant la réserve française (je cite),

« à exclure avec effet rétroactif le litige relatif aux emprunts, de son acceptation de la juridiction obligatoire... »,

et il ajoute:

« En d'autres mots, la fameuse règle de l'arrêt *Nottebohm* — règle selon laquelle une fois la Cour saisie d'une requête, son pouvoir de statuer est définitivement établi —, cette règle n'a pas été considérée comme un obstacle à l'exercice par la Norvège, même après le dépôt d'une requête dirigée contre elle, de son droit réciproque à invoquer la réserve faite par son adversaire. » (Compte rendu, p. 44.)

J'ai tenu à reproduire textuellement les paroles prononcées par mon distingué contradicteur, pour être sûr de ne pas les déformer.

Il me permettra de lui dire que son interprétation de l'arrêt de la Cour et l'utilisation qu'il croit pouvoir en faire à propos de la réserve portugaise ne résistent pas à l'examen.

Dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, la Cour était saisie d'un litige et il s'agissait de savoir si la Norvège pouvait se prévaloir vis-à-vis de la France d'une réserve applicable à ce litige.

Le professeur Waldock prétend que l'application de la réserve aurait été faite avec effet rétroactif. Mais c'est là une erreur évidente. Il ne

s'agissait pas d'une réserve concernant des mesures que la France aurait pu prendre éventuellement avant que le litige ait été porté devant la Cour. Il s'agissait d'une réserve applicable à ce litige — donc sans effet rétroactif.

La règle de l'arrêt *Nottebohm* n'a été aucunement répudiée ni méconnue par la Cour quand elle a admis le droit du Gouvernement norvégien d'opposer à la France la réserve en question dans le différend dont la Cour était saisie.

La compétence juridictionnelle de la Cour s'est trouvée fixée à l'égard de ce litige au moment de la saisine, ainsi que le veut la règle de l'arrêt *Nottebohm*.

Mais cette compétence juridictionnelle, fondée sur les déclarations par lesquelles les deux Parties avaient accepté le système de la disposition facultative, comprenait, parmi ses éléments déterminants, la réserve française.

L'application de la réserve française ne se rapportait pas à des faits qui auraient pu se produire éventuellement avant l'introduction de l'instance. Elle se rapportait à la compétence juridictionnelle de la Cour, telle qu'elle existait au moment de la saisine.

Il n'y a donc eu aucune rétroactivité dans cette application.

Mais je suis reconnaissant à mon distingué contradicteur d'avoir pris ce point de comparaison, parce qu'il met en pleine lumière, me semble-t-il, la différence qui existe entre les deux cas et parce qu'il souligne en même temps la faiblesse de la thèse indienne.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, me sera-t-il permis d'attirer votre attention sur certaines conséquences auxquelles conduirait l'acceptation de la thèse soutenue par nos distingués contradicteurs à l'appui de la quatrième exception?

Il faudrait logiquement en déduire, par exemple, qu'un État ayant accepté la juridiction obligatoire de la Cour pour une durée déterminée pourrait se libérer de cet engagement vis-à-vis des États — et ils sont aujourd'hui assez nombreux — qui se sont réservés le droit de mettre fin à tout moment et sans préavis à leur obligation.

Voici un Gouvernement qui a pris un engagement ferme, sur la base de l'article 36, paragraphe 2, pour une durée — disons — de cinq ans. Il ne s'est pas réservé le droit de se libérer de son obligation avant l'échéance de ce terme. Mais comme le principe de la réciprocité s'applique, d'après nos estimés contradicteurs, à toutes les possibilités que les États déclarants peuvent se réserver, la durée de validité qu'il a assignée à son engagement ne l'empêcherait aucunement de dénoncer cet engagement à tout moment et sans préavis, à l'égard des États qui ont introduit une telle réserve dans leur propre déclaration.

Il faut d'ailleurs aller plus loin.

Voici un État dont la déclaration ne viendra à expiration qu'en 1960; en voici un autre dont l'engagement expirera en 1958.

Le premier serait en droit de dire qu'il est délié de toute obligation vis-à-vis du second en 1958. Sa déclaration resterait obligatoire jusqu'en 1960 à l'égard des autres États; mais vis-à-vis de l'État dont la déclaration expire en 1958, il pourrait, par réciprocité, se considérer comme libéré de son propre engagement.

Et qu'on ne dise pas qu'à ce moment-là il serait en tout cas libéré de toute obligation vis-à-vis de cet autre État, étant donné que l'engagement

de ce dernier prendra fin en 1958 et que, dans ses conditions, le principe de la réciprocité jouera à coup sûr. L'argument serait sans valeur.

Car l'État dont l'engagement n'a été pris que pour une période expirant en 1958 a pu prévoir dans sa déclaration que cet engagement serait reconduit à l'expiration de la période stipulée, si la volonté d'y mettre fin n'a pas été annoncée à ce moment-là.

Ce cas de reconduction tacite est assez fréquent dans la pratique de la disposition facultative. Le silence de l'État qui s'est engagé ferme jusqu'en 1958 suffit en pareil cas pour prolonger la durée de son obligation. Il n'en est pas moins vrai qu'il lui suffirait d'une simple déclaration pour y mettre fin. Il a le droit de le faire.

Et dès lors, en vertu du principe de la réciprocité, tel que nos estimés contradicteurs le comprennent, l'autre État — celui dont l'engagement a été pris, sans aucune réserve, jusqu'en 1960 — aurait le droit de dire : « Vous aviez la faculté de mettre fin à votre obligation en 1958 ; bien que vous n'ayez pas fait usage de cette faculté, j'ai le droit de la revendiquer moi-même en ce qui concerne nos engagements réciproques et je me libère vis-à-vis de vous dès 1958. »

On pourrait imaginer d'ailleurs d'autres cas où le principe de la réciprocité conduirait à des conséquences du même genre, si on donnait à ce principe l'ampleur que le Gouvernement de l'Inde voudrait lui attribuer.

Le moins qu'on puisse dire, me semble-t-il, de ces conséquences, c'est qu'elles affaibliraient considérablement le système de la disposition facultative et qu'elles contribueraient sans aucun doute à accélérer le déclin de ce système, — ce déclin que le professeur Waldock déplore avec raison dans son article du *British Year Book*.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement de l'Inde se plaint de n'avoir pas eu le temps de restreindre le champ d'application de sa déclaration en excluant certaines catégories de litiges.

Il prétend que, par application du principe de réciprocité, ce droit lui appartenait.

Nous soutenons — et je crois l'avoir démontré — que cette prétention est inadmissible et que le principe de réciprocité sur lequel il essaie de l'établir n'a aucunement la portée qu'il lui donne.

Mais supposons un instant le contraire.

Quel usage le Gouvernement de l'Inde aurait-il pu faire du droit qu'il revendique ? Quel usage regrette-t-il de n'avoir pas eu l'occasion d'en faire ?

S'il se plaint du caractère prématuré de notre requête, c'est évidemment parce qu'il le considère comme ayant été préjudiciable à sa situation dans le litige actuel.

Si le moment où la requête a été déposée avait eu simplement pour effet d'empêcher le Gouvernement de l'Inde de prendre des mesures étrangères à ce litige, des mesures qui n'auraient eu aucun rapport avec la contestation portée devant la Cour, la quatrième exception manquerait de pertinence. En statuant sur l'affaire qui lui est soumise, la Cour n'a pas à retenir ce qui est sans aucune relation avec cette affaire.

Il est donc évident que le grief formulé par le Gouvernement de l'Inde revient à dire que, s'il avait connu plus tôt notre déclaration, il aurait pu, en invoquant le principe de réciprocité, restreindre la portée de sa propre déclaration et soustraire, par ce moyen, le présent litige à la juridiction de la Cour.

Mais pour obtenir ce résultat, il n'était aucunement nécessaire de se fonder sur la réserve portugaise. Il n'était aucunement nécessaire de faire appel au principe de la réciprocité.

Il y avait un autre moyen, beaucoup plus simple, beaucoup plus sûr et beaucoup moins discutable. Et ce moyen, nous n'avons pas à faire un grand effort d'imagination pour le trouver.

Le 7 janvier 1956, le Gouvernement de l'Inde a dénoncé sa précédente déclaration et il l'a remplacée par une déclaration nouvelle excluant notamment de la compétence de la Cour les différends relatifs à des questions qui, de son avis, relèvent essentiellement de sa compétence nationale.

En d'autres termes, il a réduit le champ de son obligation. Il l'a enfermée dans des limites qui lui permettraient sans doute de faire obstacle à ce que la Cour statue sur un différend comme celui qui lui est actuellement soumis.

Cette décision, il l'a prise trop tard. La Cour était déjà saisie de notre requête depuis seize jours. La nouvelle déclaration du 7 janvier 1956 n'est donc pas applicable au présent litige.

Mais il ne tenait qu'au Gouvernement de l'Inde d'agir plus tôt.

Il n'ignorait pas l'existence du différend qui s'était élevé entre nous. Les événements dont les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli ont été le théâtre datent du mois de juillet 1954.

Le Gouvernement de l'Inde savait d'autre part que le Portugal avait demandé son admission au sein des Nations Unies et qu'une fois admis dans l'institution, il pourrait faire une déclaration acceptant la juridiction obligatoire de la Cour conformément à l'article 36 du Statut, ce qui lui permettrait de saisir la Cour par voie de requête.

Nous ne nous plaignons certainement pas qu'il ait fait preuve de moins de diligence. Mais nous devons bien reconnaître qu'il avait en mains le moyen d'obtenir le résultat pratique dont il se plaint aujourd'hui d'avoir été privé.

Pour faire obstacle à la juridiction de la Cour dans le cas litigieux, il n'était aucunement nécessaire de recourir à la procédure imaginée dans le cadre de la quatrième exception. Il suffisait d'employer le moyen que le Gouvernement de l'Inde a effectivement employé le 7 janvier 1956. Seulement, il fallait l'employer plus tôt.

Il est donc tout à fait inexact de prétendre qu'en déposant notre requête le 22 décembre 1955, trois jours après avoir accepté la juridiction obligatoire de la Cour, nous aurions mis le Gouvernement de l'Inde dans l'impossibilité pratique d'exclure certaines catégories de litiges du champ de ses obligations.

Et la quatrième exception apparaît ainsi comme dénuée de tout fondement, quel que soit l'angle sous lequel on la considère.

Elle repose sur une interprétation inacceptable du principe de la réciprocité et elle repose également sur une erreur de fait, car l'utilisation du principe de réciprocité tel que l'entendent nos estimés contradicteurs n'était aucunement nécessaire pour leur permettre d'obtenir cette restriction de leurs engagements dont ils nous accusent de les avoir privés.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, abordons enfin la *cinquième exception préliminaire*. Cette exception nous conduit sur un tout autre terrain que celui où se situent la première, la deuxième et la quatrième.

Il s'agit cette fois d'une exception qui est fondée sur une réserve que le Gouvernement de l'Inde a introduite dans sa déclaration du 28 février

1940 acceptant la juridiction obligatoire de la Cour. Par cette déclaration, le Gouvernement de l'Inde a accepté en principe la juridiction de la Cour pour toutes les catégories de différends énumérées à l'article 36, paragraphe 2, du Statut. Il a cependant exclu de son acceptation les différends portant sur les questions qui, en vertu du droit international, relèvent exclusivement de la juridiction de l'Inde. D'après lui, le différend dont la Cour est actuellement saisie serait couvert par cette réserve et il en résulterait que la Cour n'aurait pas compétence pour le juger.

Il n'est pas sans intérêt, je crois, de rapprocher la réserve en question de celle qui lui a été substituée dans la déclaration postérieure du Gouvernement de l'Inde — la déclaration qu'il a faite le 7 janvier 1956 —, parce que ce rapprochement met en lumière la portée de la formule dont nous avons à nous occuper dans le présent litige.

Dans la déclaration du 7 janvier 1956, ce qui est réservé, ce ne sont pas les différends portant sur des questions qui, en vertu du droit international, sont exclusivement de la juridiction de l'Inde. Ce sont les différends (je cite)

« relatifs à des questions qui, de l'avis du Gouvernement indien, relèvent essentiellement de la compétence nationale de l'Inde ».

Une comparaison des deux textes fait ressortir une double différence :

Première différence : Dans la déclaration de 1940 — celle qui est en vigueur dans l'instance actuelle —, l'appréciation du point de savoir si la question litigieuse est couverte ou non par la réserve n'appartient pas au Gouvernement de l'Inde. Elle appartient à la Cour.

Deuxième différence : Pour que la réserve soit applicable, il ne suffit pas que la question litigieuse relève essentiellement de la juridiction de l'Inde. Il faut qu'elle en relève exclusivement. Il faut que l'Inde puisse invoquer à son sujet une compétence discrétionnaire, échappant totalement à l'emprise du droit international.

Si la question, tout en relevant essentiellement même de la compétence discrétionnaire de l'Inde, est soumise par certains côtés à des normes internationales, la réserve de 1940 ne peut pas être invoquée, tandis que celle de 1956 pourrait l'être.

Je suis obligé de relever, à ce propos, une allusion qui a été faite par nos adversaires à l'article 2, paragraphe 7, de la Charte des Nations Unies. On sait que cet article concerne les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale des États et qu'il prévoit qu'aucune disposition de la Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans ces affaires, ni n'oblige les États Membres à les soumettre à une procédure de règlement.

Au cours de l'audience du 26 septembre, sir Frank Soskice a fait entendre que la disposition dont il s'agit pourrait avoir un effet sur la cinquième exception (compte rendu, p. 67). Il s'est d'ailleurs abstenu d'apporter à cet égard d'autres précisions. Mais il me paraît nécessaire, cependant, de mettre les choses au point.

La formule de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte n'est certainement pas applicable en l'espèce.

Même si l'on admet qu'elle peut être invoquée devant la Cour en cas de silence de la déclaration sur laquelle se base la requête introductive d'instance, il n'en serait certainement pas ainsi quand cette déclaration précise les conditions dans lesquelles sont exclues de la juridiction

obligatoire les matières appartenant à ce qu'on appelle quelquefois le domaine réservé.

D'ailleurs, le Gouvernement de l'Inde, en formulant des exceptions préliminaires, s'est bien gardé de faire état de la disposition dont il s'agit. C'est uniquement sur la réserve énoncée dans sa déclaration du 28 février 1940 qu'il a fondé sa cinquième exception. Et comme les exceptions préliminaires doivent être présentées au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie qui soulève l'exception, il lui serait impossible de présenter maintenant une nouvelle exception, basée, non plus sur le texte de la déclaration de 1940, mais sur celui de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte.

Je suis heureux d'ailleurs de constater qu'il ne songe pas à le faire. Les conclusions qu'il a prises à la barre, par l'organe de M. l'Attorney-General, ne portent point trace d'une intention de ce genre. Dans ces conditions, les remarques énoncées par sir Frank Soskice au sujet de l'article 2, paragraphe 7, de la Charte — quelque intéressantes qu'elles soient, comme toutes les remarques qu'il fait — demeurent étrangères au litige actuel. Ce n'est pas l'article 2, paragraphe 7, de la Charte qui est en cause. C'est uniquement la réserve introduite par l'Inde dans sa déclaration du 28 février 1940. Et les seuls différends que cette réserve concerne sont, je le répète, des différends portant sur des questions qui, en vertu du droit international, relèvent exclusivement de la juridiction de l'Inde.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, quand on aborde l'examen de cette cinquième exception, le premier point qu'il convient, me semble-t-il, d'élucider est celui du fardeau de la preuve.

Nous avons lu, à cet égard, dans les exceptions préliminaires de l'Inde et nous avons entendu à la barre des affirmations qui nous paraissent, je dois le dire, assez surprenantes.

Il en résulterait, en effet, que la charge de la preuve incomberait, non pas au Gouvernement de l'Inde, qui soulève l'exception, mais bien au Gouvernement portugais, contre qui elle est soulevée.

Je crois superflu de citer les différents passages du document indien où cette idée se fait jour.

Ils figurent notamment aux paragraphes 61, 63, 64 et 160 des exceptions préliminaires.

D'autre part, les plaidoiries de nos estimés contradicteurs ont entièrement confirmé, à cet égard, ce que la lecture de leur exposé écrit nous avait déjà révélé.

On semble oublier que nous ne sommes pas en train de discuter le *fond* du procès, mais bien une exception préliminaire, dont le but est précisément de faire obstacle à l'examen du fond.

Sans doute le Gouvernement portugais aura-t-il à démontrer que sa demande est justifiée au regard du droit international. S'il ne réussissait pas à en convaincre la Cour, sa demande serait finalement rejetée. Mais quand le serait-elle? Elle le serait après l'épuisement de la procédure normale, après l'épuisement de la procédure qui est prévue par le Statut et par le Règlement de la Cour.

L'article 43 du Statut, complété par de nombreux articles du Règlement, organise cette procédure.

Il prévoit qu'elle se compose d'une phase écrite et d'une phase orale. Il précise que la procédure écrite comprend la communication de

mémoires, de contre-mémoires et éventuellement de répliques. Il ajoute que la procédure orale consiste dans l'audition par la Cour des témoins, des experts, des agents, des conseils et des avocats.

Et l'article 54 ajoute — je m'excuse de le rappeler, mais on semble l'avoir perdu de vue de l'autre côté de la barre :

« Quand les agents, conseils et avocats ont fait valoir, sous le contrôle de la Cour, tous les moyens qu'ils jugent utiles, le Président prononce la clôture des débats. »

C'est alors — mais c'est alors seulement — que la Cour se retire en Chambre du conseil pour délibérer sur le fond de l'affaire qui lui est soumise.

La procédure que déclenche l'introduction d'une requête — ou d'ailleurs la notification d'un compromis, car les deux cas à cet égard se ressemblent —, cette procédure n'est pas une procédure quelconque. Ce n'est pas une procédure qui dépendrait de la volonté des Parties — ou *a fortiori* du désir et de l'appréciation de l'une de ces Parties.

C'est une procédure statutaire, qui s'impose aux Parties et qui s'impose même à la Cour.

Quand un gouvernement fait appel à la juridiction de la Cour, il est en droit de demander que ce différend soit instruit et jugé conformément à cette procédure.

Après épuisement de cette procédure; lorsque l'Inde aura répondu à notre mémoire par un contre-mémoire; que la réplique et la duplique écrites auront été échangées; que les agents, conseils et avocats des Parties auront fait valoir tous les moyens qu'ils jugent utiles, au cours de la phase orale qui doit succéder à la phase écrite — il est bien entendu qu'à ce moment-là, si la Cour estime que nous n'avons pas justifié notre demande par des arguments assez convaincants, elle nous débouterà de notre action.

C'est en ce sens, mais en ce sens seulement, que nous avons à établir le fondement de notre demande.

On dirait que la Partie adverse a perdu de vue la question qui se pose en ce moment — la question qu'elle a posée elle-même en soulevant des exceptions préliminaires.

Car enfin, à quoi tendent les exceptions préliminaires?

Elles tendent simplement à faire obstacle au déroulement normal de la procédure statutaire.

L'objectif des exceptions préliminaires, c'est d'arrêter cette procédure *in limine litis*. Leur but, c'est de s'opposer à l'application des dispositions du Statut et du Règlement auxquelles je viens de me référer.

Le Gouvernement portugais a le droit de demander que ces dispositions soient pleinement appliquées. Elles sont une sauvegarde que les auteurs du Statut et la Cour elle-même, en adoptant son Règlement, ont assurée aux plaideurs.

Or le Gouvernement de l'Inde, en soulevant ses exceptions préliminaires, prétend priver le Gouvernement portugais de ce droit. Il prétend faire échec au déroulement normal de la procédure. Il prétend arrêter la procédure au point actuel, c'est-à-dire après le seul dépôt du mémoire portugais. Il prétend empêcher la procédure d'entrer dans la phase essentielle qui est consacrée à la discussion du fond.

La présentation des exceptions préliminaires par l'État défendeur est prévue. Mais, pour que l'État défendeur puisse solliciter l'arrêt de la

procédure; pour qu'il puisse demander à la Cour de priver le demandeur de ce qui est en principe son droit; pour qu'il puisse échapper lui-même à la discussion au fond — il est indispensable qu'il justifie sa prétention.

Et comment peut-il la justifier? Il ne peut la justifier qu'en établissant l'irrecevabilité de l'action, soit pour raison d'incompétence de la Cour, soit pour une autre raison.

Si l'incompétence de la Cour n'est pas démontrée — ou à défaut d'incompétence de la Cour, s'il n'est pas établi que l'action est irrecevable pour une autre raison —, la procédure normale, la procédure statutaire doit suivre son cours. La règle générale doit être observée.

A qui incombe-t-il dès lors de justifier l'exception préliminaire, en démontrant que la Cour est incompétente ou que l'action n'est pas recevable pour un autre motif? C'est évidemment au Gouvernement qui soulève l'exception, — c'est au Gouvernement qui demande que la procédure ne suive pas son cours normal.

Il ne s'agit pas du tout, au stade actuel, d'appliquer les règles qui régissent le fardeau de la preuve en ce qui concerne le fond du litige.

Il s'agit uniquement de justifier la demande de l'État défendeur, qui prétend faire échec aux règles statutaires de la procédure devant la Cour. Et il est clair comme le jour que cette justification incombe — et incombe exclusivement — à l'État défendeur qui demande pareille dérogation à la règle.

Aucun doute ne me paraît possible sur ce point. Les exceptions préliminaires doivent être repoussées, si le Gouvernement de l'Inde, qui les a soulevées, ne les justifie pas à suffisance de droit.

[Audience publique du 3 octobre 1957, matin].

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je crois avoir démontré, à la fin de la dernière audience, qu'en soulevant des exceptions préliminaires, le Gouvernement de l'Inde a assumé la charge d'en prouver le fondement.

Ce qu'il demande, c'est que le Gouvernement portugais soit privé de la garantie que le Statut lui assure en principe, par celles de ses dispositions qui organisent la procédure contentieuse devant la Cour.

Pareille demande ne pourrait être accueillie que si le Gouvernement de l'Inde établissait à suffisance de droit que la demande portugaise est irrecevable.

Il en est ainsi pour toutes les exceptions préliminaires. Mais l'exception qui se fonde sur l'appartenance exclusive de la question litigieuse au domaine de la compétence nationale fait naître une difficulté qui ne se rencontre pas dans les autres cas.

En effet, pour pouvoir se prononcer en connaissance de cause sur le point de savoir si la question litigieuse relève exclusivement ou non du domaine de la compétence nationale, il est indispensable d'examiner et, par conséquent, de discuter le fond du litige.

Quand il s'agit de se prononcer sur des exceptions préliminaires comme celles dont je me suis occupé précédemment, il n'est pas nécessaire d'aborder le fond du litige. Au contraire, pour savoir si la question qui est au fond du litige relève exclusivement ou non de la compétence discrétionnaire de l'État défendeur; si cette question échappe totalement ou non à l'empire du droit international —, l'examen du fond du litige est évidemment indispensable.

Or le but de l'exception dont il s'agit est précisément d'écarter le débat au fond.

Il y a là une contradiction, et une contradiction qui est même logiquement insoluble.

Le défendeur s'oppose à la discussion au fond et il base cette demande sur une prétention qu'il est impossible d'apprécier sans pénétrer dans l'examen du fond. C'est la quadrature du cercle.

Le problème est insoluble, à moins que la Cour ne joigne l'exception au fond.

Quand la procédure contentieuse, organisée par le Statut et par le Règlement, se sera déroulée complètement; quand les Parties auront eu la possibilité de discuter à la fois la question de compétence et la question de fond, dans leurs écritures et dans leurs explications orales, alors, la Cour, étant complètement éclairée, pourra se prononcer en connaissance de cause sur le point de savoir si la question litigieuse relève exclusivement de la compétence nationale du défendeur. Et, si elle estime qu'il en est ainsi, elle se déclarera incompétente et elle s'abstiendra de statuer sur le fond.

Mais reconnaître d'emblée l'exclusivité de la compétence nationale, sans procéder à un examen du fond, c'est une impossibilité.

Il est arrivé parfois que les juridictions internationales aient accepté de déclarer leur incompétence sur un examen sommaire du fond, en se bornant à considérer rapidement et superficiellement les titres invoqués par le demandeur.

Lorsque cet examen sommaire paraît suffisant pour condamner la demande *a priori*, pour considérer les titres qui sont invoqués à l'appui de cette demande comme manifestement dépourvus de pertinence, alors, on est en droit d'admettre, à la rigueur, qu'il serait inutile de prolonger la procédure, qu'on peut l'arrêter tout de suite, sans risquer de commettre une injustice, sans risquer de sacrifier arbitrairement les droits du demandeur.

Mais cette attitude ne pourrait en tout cas se justifier que si la demande était manifestement dépourvue de valeur, que si les titres invoqués par le demandeur apparaissaient clairement comme ne pouvant pas servir de base à une discussion sérieuse.

C'est seulement à cette condition-là que l'exception pourrait être accueillie comme une exception préliminaire, arrêtant le déroulement normal de la procédure.

Et ce serait, bien entendu, à l'État défendeur de démontrer que cette condition se trouve remplie.

Encore faut-il reconnaître que, même en pareil cas, l'arrêt immédiat de la procédure n'est guère recommandable, car un examen sommaire des titres qui sont invoqués à l'appui de la demande comporte toujours des risques d'erreur.

Aussi les juridictions internationales préfèrent-elles ne se prononcer, en pareil cas, sur leur incompétence qu'après épuisement de la procédure normale. C'est la solution, je crois, la plus sage, à moins que la faiblesse des motifs invoqués à l'appui de l'exception préliminaire ne soit suffisamment évidente pour écarter celle-ci immédiatement.

Car il ne faut pas oublier une chose: c'est qu'en présence d'une exception préliminaire fondée sur l'exclusivité de la juridiction nationale, les Parties ne sont pas à égalité. L'enjeu n'est pas le même pour le défendeur que pour le demandeur.

Si l'exception préliminaire est rejetée, le défendeur, qui l'a soulevée, garde — si je puis ainsi dire — toutes ses cartes en mains. Le rejet de l'exception préliminaire n'implique pas un jugement au fond. Après le rejet de l'exception préliminaire, la procédure suivra son cours. Le débat au fond aura lieu et, dans cette seconde phase du procès, la Cour ne sera aucunement liée par la décision qu'elle aura prise sur l'exception. La Cour restera entièrement libre de se prononcer sur les arguments de fait et de droit qui seront invoqués de part et d'autre.

Après avoir rejeté les conclusions du défendeur sur l'exception, la Cour pourra faire droit à ses conclusions sur le fond. Le défendeur, qui a été perdant sur l'exception préliminaire, peut être gagnant sur le fond. Il ne risque donc rien à voir son exception rejetée. Il ne risque qu'une chose, c'est de devoir discuter le fond du procès.

Mais il en va tout autrement du demandeur. Car, si l'exception préliminaire est accueillie, le demandeur a perdu son procès. Pour lui, il n'y a plus aucun espoir. L'horizon est définitivement bouché. Perdant sur l'exception préliminaire, il ne peut plus être gagnant sur le fond, puisqu'en accueillant l'exception préliminaire la Cour a précisément décidé qu'il n'y aurait ni débat, ni jugement sur le fond.

C'est évidemment une considération de grand poids, dont les juridictions internationales tiennent compte et qui les incite à joindre l'exception au fond, ne fût-ce que pour des raisons d'équité.

L'exception fondée sur la prétention que la question litigieuse relève exclusivement de la compétence nationale de l'État défendeur ne pourrait être admise *de plano* — comme faisant obstacle au déroulement normal de la procédure contentieuse — que pour des raisons décisives. Il faudrait que l'État défendeur, qui soulève cette exception, démontre que les titres invoqués par le demandeur à l'appui de ses prétentions ne sont manifestement pas sérieux; qu'il n'est pas permis de les considérer comme pouvant servir de base à une discussion judiciaire digne de ce nom.

Sur cette question, je suis heureux de pouvoir me référer une fois de plus à l'autorité du professeur Waldock. Il l'a étudiée avec beaucoup de soin et de pénétration dans l'article auquel j'ai fait allusion précédemment, *The Plea for Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals* (*British Year Book of International Law*, 1954).

Après avoir rappelé la pratique de la Cour à ce sujet, qui est de joindre l'exception au fond, le professeur Waldock conclut dans les termes suivants:

« Having regard to the above practice of the Court in dealing with preliminary objections and to the fact that in a plea of domestic jurisdiction the question of jurisdiction is always intimately related to the merits, it is obvious that a preliminary objection founded on a domestic jurisdiction clause is a frail instrument for stopping the proceedings *in limine*. Only when it is manifest, on a summary view of the case presented by the claimant, that it contains no arguable basis for an international cause of action, will the Court be likely to refrain from joining the preliminary objections to the merits and to stop the case *in limine*. » (Pp. 115-116¹.)

¹ Traduction de citation extraite d'un article du professeur Waldock paru dans le *British Yearbook of International Law* de 1954:

« Considérant la pratique de la Cour ci-dessus mentionnée en matière d'exceptions préliminaires et le fait que, dans une exception de compétence natio-

Ainsi le professeur Waldock constate qu'une exception préliminaire basée sur l'exclusivité de la compétence nationale est toujours un moyen fragile (« frail instrument ») de s'opposer *in limine litis* au déroulement de la procédure, parce que, dit-il, la question qui est ainsi soulevée est nécessairement et intimement mêlée au fond du litige et qu'en pareil cas la pratique de la Cour est de joindre l'exception au fond.

Pour que la Cour fit droit à l'exception avant le débat au fond, il faudrait, ajoute-t-il, qu'il fût manifeste, à première vue, que l'action dont la Cour est saisie est dénuée de toute base, qu'aucun argument de droit international ne peut être sérieusement présenté en sa faveur.

Il ne s'agit pas de savoir si les arguments qui sont présentés par le demandeur sont fondés; il ne s'agit pas de savoir s'ils seront finalement admis ou rejetés — cela, c'est un point qui ne pourrait être tranché qu'après discussion du fond. Il s'agit de savoir si une vue sommaire des éléments présentés à la Cour fait suffisamment ressortir la faiblesse évidente de l'action, au point de vue international, pour que la Cour juge inutile d'aller plus loin.

Si les motifs invoqués par le demandeur paraissent, à première vue, soutenables; si la base de l'action ne doit pas être considérée comme « not arguable », la Cour ne fera pas droit à l'exception préliminaire. Ou bien, elle la rejettera; ou bien, elle la joindra au fond. Mais dans tous les cas, elle ne fera pas obstacle au développement de la procédure normale.

Cette constatation du professeur Waldock est, d'ailleurs, entièrement conforme à la jurisprudence internationale. Dans l'affaire des *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, qui a fourni, en 1923, à la Cour permanente de Justice internationale l'occasion de se prononcer sur la notion du « domaine réservé », nous voyons apparaître exactement la même idée.

Que dit, en effet, la Cour dans son avis consultatif? Elle dit que (je cite)

« dès que les titres invoqués par le demandeur sont de nature à permettre la conclusion provisoire qu'ils peuvent avoir une importance juridique pour le différend ... et que la question de savoir si un État est compétent pour prendre telle ou telle mesure se trouve subordonnée à l'appréciation de la validité et à l'interprétation de ces titres ... l'on sort du domaine exclusif de l'État pour entrer dans le domaine régi par le droit international ». (Série B, n° 4, p. 26.)

Il suffit donc, pour écarter l'exception, que les titres invoqués par le demandeur puissent avoir une importance juridique pour la solution du différend. Il suffit que la question faisant l'objet de ce différend se trouve subordonnée à l'appréciation de la validité de ces titres et à leur interprétation.

nale, la question de compétence est toujours intimement liée au fond, il est évident qu'une exception préliminaire fondée sur la clause de compétence nationale est un moyen fragile de s'opposer *in limine litis* au déroulement de la procédure. C'est seulement s'il est manifeste, d'après un examen sommaire de l'affaire soumise par le demandeur, que celle-ci est dénuée de toute base soutenable pour constituer une cause internationale d'action, qu'il est probable que la Cour s'abstiendra de joindre les exceptions préliminaires au fond et arrêtera l'affaire *in limine*. » (Pp. 115-116.)

Et le rapport de M. Max Huber dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc*, qui date de 1923, ne dit pas autre chose :

« Il n'est pas nécessaire — constate-t-il — d'exposer dès maintenant quel est le droit international relativement à la responsabilité des États pour les dommages subis par des étrangers... Mais il convient de dire, d'ores et déjà, que l'existence possible d'une règle de droit international s'opposant éventuellement à la compétence exclusive de l'État dans le territoire où le dommage a eu lieu ne peut être écartée *in limine*. »

Voilà qui est clair. L'exception préliminaire basée sur l'exclusivité de la compétence interne ne sera pas admise s'il n'est pas démontré que l'existence d'une règle internationale éventuellement applicable à la matière doit être exclue *a priori*. La simple possibilité de l'existence d'une telle règle suffit pour écarter l'exception.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Gouvernement de l'Inde essaie d'échapper à l'obligation de fournir la preuve qui lui incombe. Et, par un raisonnement subtil, mais complètement injustifié, il tente même de renverser la charge de la preuve et de la faire peser sur le Gouvernement portugais.

Dans l'affaire des *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, la Cour permanente de Justice internationale a fait observer que (je cite) :

« dans une matière qui, comme celle de la nationalité, n'est pas, en principe, réglée par le droit international, la liberté de l'État de disposer à son gré [peut être] néanmoins restreinte par des engagements qu'il aurait pris envers d'autres États ».

Qu'est-ce que cela signifie? Cela signifie évidemment que la non-appartenance de la question litigieuse au « domaine réservé » peut résulter soit du droit international général, soit du droit international particulier. Presque tous les actes de l'État relèvent, en un certain sens, de sa seule compétence. Ce sont des actes qu'il accomplit généralement en vertu de sa souveraineté territoriale. Et la souveraineté territoriale est, en principe, exclusive.

Nos adversaires l'ont rappelé, en citant une autre sentence de M. Max Huber, celle qu'il a rendue dans l'affaire de l'*Île de Palmas* et en citant aussi une décision du *Chief Justice Marshall* dans l'affaire du *Schooner Exchange*.

Nous sommes complètement d'accord sur ce point. Les actes d'un État sont, la plupart du temps, des manifestations de sa compétence territoriale; et, en principe, cette compétence est exclusive, c'est-à-dire que l'État territorial est seul à pouvoir l'exercer, qu'il ne la partage pas avec d'autres États.

Mais quand on parle du domaine réservé, quand on exclut de la juridiction de la Cour les questions qui relèvent exclusivement de la compétence nationale, ce que l'on a en vue, c'est tout autre chose. Ce que l'on a en vue, ce sont les questions dans lesquelles l'activité de l'État est discrétionnaire; ce sont les questions dans lesquelles cette activité n'est pas internationalement réglée.

Prenons un exemple. Comme souverain territorial, l'État est seul compétent, en principe, pour faire des lois et des règlements s'appliquant aux étrangers qui se trouvent sur son territoire. Cette compétence est donc exclusive; mais elle n'est pas discrétionnaire. Son exercice est

soumis, dans une mesure plus ou moins large, à des obligations internationales, obligations internationales qui peuvent résulter de traités conclus avec des États étrangers, mais qui peuvent résulter aussi de règles coutumières et de principes généraux du droit. Dès l'instant où la compétence du souverain territorial est réglée dans son exercice par des règles internationales, dès l'instant où elle n'est pas discrétionnaire, elle cesse d'appartenir à ce qu'on appelle le domaine exclusif de la compétence nationale. Cette expression n'est peut-être pas très heureuse, mais elle est usuelle et sa signification ne fait aucun doute.

J'en reviens alors à ce que la Cour permanente de Justice internationale a dit dans son avis relatif aux *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*. Elle a dit que certaines questions, qui relèvent en principe du domaine de la compétence nationale, peuvent cesser d'appartenir à ce domaine en vertu de règles particulières. Cela signifie, évidemment, que dans certaines matières — et elles sont nombreuses — l'activité de l'État échappe à l'exclusivité du domaine national, parce qu'elle est soumise au droit international général. Lorsque la question est réglée par le droit international général — c'est-à-dire lorsqu'elle est réglée par une coutume générale ou par un principe général de droit —, elle échappe en principe au domaine exclusif de la compétence nationale.

Mais la Cour a ajouté que les questions qui ne sont pas dans ce cas, les questions qui ne sont pas soumises à des règles de droit international général, peuvent être soustraites au domaine réservé, en vertu de règles spéciales — c'est-à-dire en vertu de conventions, auxquelles on peut assimiler des coutumes locales.

Voilà évidemment la portée de la distinction que la Cour a faite dans son avis sur les *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*.

La Cour voudra bien m'excuser de m'être étendu quelque peu sur ce point, mais j'ai l'impression qu'une certaine confusion s'est produite à ce sujet de l'autre côté de la barre; et que quand nos adversaires parlent de questions qui relèvent exclusivement, en principe, de la compétence nationale de l'Inde, quand ils affirment, comme ils l'ont fait si souvent, que tel serait le cas pour la question litigieuse, ils oublient que pour justifier cette affirmation, ils devraient démontrer qu'un examen sommaire des titres généraux que nous invoquons suffit pour écarter comme manifestement indéfendables les titres en question. Avant de prétendre que la question litigieuse relève exclusivement, en principe, de la compétence nationale de l'Inde, le Gouvernement de l'Inde devrait démontrer que les principes généraux dont nous faisons état et que la coutume générale sur laquelle nous nous appuyons également n'existent pas, n'ont aucune valeur, que ce sont des titres qui ne fournissent à notre action aucune base sérieusement discutable, aucune base « *arguable* », pour reprendre l'heureuse expression du professeur Waldock.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il est évident que pour savoir si la demande du Gouvernement portugais porte sur une question qui, d'après le droit international, relève de la compétence nationale de l'Inde, il est nécessaire de déterminer la portée de la demande portugaise.

Or c'est un point sur lequel, comme nous l'avons constaté en lisant les exceptions préliminaires de l'Inde, nos estimés contradicteurs se sont complètement trompés. Et je crois pouvoir affirmer que l'erreur ne nous est pas imputable, mais qu'elle leur incombe exclusivement.

Constatons tout d'abord que le Portugal ne revendique, sur le territoire de l'Union indienne, aucun droit de souveraineté.

Comme nous l'avons dit au paragraphe 116 de nos *observations*, c'est en partie pour éviter toute équivoque sur ce point que nous avons pris soin de préciser dans notre mémoire que la demande portée devant la Cour par le Gouvernement portugais n'est aucunement liée à la théorie des servitudes internationales.

Nous avons beaucoup de raisons d'écarter la théorie des servitudes internationales, dont la principale est son incohérence; je veux dire l'impossibilité où se trouvent les juristes de se mettre d'accord sur la définition même des servitudes internationales: sur ce qui constitue leurs traits caractéristiques; sur ce qui permet de les distinguer des autres obligations auxquelles l'État peut être soumis dans l'exercice de sa compétence territoriale.

Mais parmi les raisons qui nous ont amenés à déclarer expressément que la théorie des servitudes internationales était étrangère à notre demande, la préoccupation d'éviter tout malentendu sur l'objet de cette demande a été décisive.

Et en effet, d'après une opinion qui trouve de fortes cautions dans la doctrine et dans la jurisprudence, la servitude internationale impliquerait un démembrement de la souveraineté territoriale, comme la servitude du droit privé implique un démembrement de la propriété.

Elle comporterait l'acquisition, par l'État qui en est le bénéficiaire, d'un droit de souveraineté.

Nous avons mentionné cette opinion, avec références à l'appui, au paragraphe 115 de nos *observations et conclusions*.

Or, il nous a paru essentiel de ne pas laisser s'accréditer l'idée — complètement inexacte — que le Gouvernement portugais prétendrait avoir un droit de souveraineté quelconque sur le territoire de l'Union indienne.

Il est donc bien entendu, et c'est un premier point que je tiens à mettre en lumière, que sur le territoire de l'Union indienne la souveraineté appartient exclusivement au Gouvernement indien et que lui seul peut exercer les pouvoirs que cette souveraineté comporte: législatif, administratif, judiciaire, etc.

Le Portugal n'en revendique pas la moindre parcelle.

Que prétendons-nous? Nous prétendons qu'en exerçant cette souveraineté, le Gouvernement de l'Inde doit respecter le droit de passage du Portugal, — le droit de passage qui est indispensable au Portugal pour assurer les communications de ses enclaves, soit entre elles, soit avec le territoire côtier de Damão.

Nous disons qu'à ce point de vue et dans cette limite, la compétence de l'Union indienne n'est pas une compétence discrétionnaire, mais une compétence « liée », comme disent les juristes, une compétence qui est soumise à des obligations internationales.

Il n'est pas nécessaire, je pense, d'insister sur la différence sensible — et même capitale — qui existe entre un démembrement de souveraineté et une obligation limitant l'exercice de cette souveraineté.

Cette différence a été reconnue et proclamée à maintes reprises par les juridictions internationales.

Elle l'a été, notamment, par la Cour permanente de Justice internationale dans son premier arrêt: celui du *Wimbledon*. Et, soit dit en passant, c'est uniquement à ce point de vue que nous avons cité cet arrêt au paragraphe 108 de nos *observations*.

Sir Frank Soskice a cru que nous voulions en faire la base de notre demande. C'est ce qu'il a dit à l'audience du 26 septembre (compte rendu, p. 76).

C'est une erreur; il suffit de lire le passage de nos *observations* qui s'y réfère pour s'en rendre compte.

Nous avons fait mention aussi de la sentence rendue par la Cour permanente d'Arbitrage dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique Nord*.

Et je crois que cette sentence éclaire particulièrement bien la question; la Cour me permettra peut-être de m'y arrêter un instant.

Il s'agissait, dans l'affaire des *Pêcheries de l'Atlantique Nord*, d'interpréter un traité de 1818, qui avait été conclu entre les États-Unis et la Grande-Bretagne et qui reconnaissait aux habitants des États-Unis des droits de pêche étendus dans les eaux territoriales longeant les côtes de Terre-Neuve et du Canada.

Il se fait que le Gouvernement des États-Unis revendiquait dans le procès le droit de participer, dans une certaine mesure, à l'élaboration et à l'application des règlements de pêche concernant cette région — en d'autres termes, il revendiquait une participation à l'exercice de la compétence territoriale de la Grande-Bretagne.

La Cour a écarté cette prétention.

Le droit de la Grande-Bretagne de faire des règlements, a-t-elle dit, est inhérent à la souveraineté et continue à lui appartenir malgré le traité de 1818.

Mais, a-t-elle ajouté, l'exercice de ce droit se trouve limité par ledit traité, en ce sens que les règlements édictés et appliqués par la Grande-Bretagne doivent respecter les droits qui ont été reconnus aux habitants des États-Unis.

Voilà exactement la différence que nous faisons nous aussi.

Nous ne prétendons aucunement exercer des droits de souveraineté sur les parties du territoire indien qui séparent les enclaves de Damão. Nous ne prétendons aucunement participer dans une mesure quelconque à l'exercice de la souveraineté. Nous reconnaissons — comme nous l'avons toujours fait — que cette souveraineté appartient à l'Inde et qu'elle seule a compétence pour l'exercer. C'est elle, et elle seule, qui a le pouvoir, sur son territoire, de faire des lois, d'édicter des règlements, de prendre des mesures administratives, d'exercer la justice; bref, d'agir en souverain.

Mais nous disons que, quand elle exerce ainsi les attributs de sa souveraineté territoriale, elle doit le faire en respectant notre droit de passage, — de même que dans les eaux de l'Atlantique Nord, visées par le traité anglo-américain de 1818, la Grande-Bretagne était seule compétente pour exercer la souveraineté, pour faire et pour appliquer les règlements de pêche, mais était obligée, en exerçant ses droits, de se conformer aux obligations qu'elle avait assumées vis-à-vis des États-Unis.

Il n'y a aucune mutilation de la souveraineté. La compétence territoriale n'est aucunement démembrée. Mais ce n'est pas une compétence discrétionnaire. C'est une compétence dont l'exercice doit se plier au respect de certaines obligations internationales.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ce que nous demandons à la Cour de reconnaître, à charge de l'Union indienne, c'est simplement par conséquent l'existence d'une obligation internationale.

Quelle obligation? Là aussi des précisions paraissent nécessaires.

Dans la lettre du 10 novembre 1956, par laquelle il sollicitait de la Cour une prolongation de délai, M. l'agent du Gouvernement de l'Inde déclare — je cite — que :

« l'entrée des personnes et des marchandises sur le territoire de l'État et leurs mouvements à travers ce territoire sont des matières qui, en principe, font partie de la juridiction interne de l'État territorial ».

Cette formule ne répond pas à notre demande.

Nous ne prétendons pas que le Portugal aurait un droit dont l'objet serait l'entrée des personnes et des marchandises sur le territoire de l'Inde, ni les mouvements de ces personnes et de ces marchandises en territoire indien. Le Gouvernement portugais n'a jamais soutenu qu'il aurait le droit d'exiger que les personnes ou les marchandises puissent franchir la frontière pour pénétrer en territoire indien et pour y circuler. Ce qu'il revendique, c'est simplement le droit de transiter à travers ce territoire. Dans sa revendication, le territoire de l'Inde n'est aucunement considéré comme un lieu d'accès, d'installation ou de circulation. Il est uniquement considéré comme une voie de passage entre deux territoires portugais. En j'ajoute: comme une voie de passage indispensable, puisqu'il s'agit de territoires enclavés, pour lesquels les seules communications possibles passent à travers le territoire indien.

Je prie respectueusement la Cour de se rapporter à la carte que nous avons jointe à notre mémoire. Elle y verra quelle est la position géographique de l'arrondissement côtier de Damão et des deux enclaves litigieuses de Dadrá et de Nagar-Aveli.

La distance qui les sépare l'une de l'autre et celle qui les sépare de l'arrondissement côtier sont extrêmement courtes. Il s'agit de quelques kilomètres. L'ensemble de la route ne dépasse guère trente kilomètres.

L'arrondissement côtier de Damão et les deux enclaves toutes proches forment ensemble un même district administratif et l'administration de ce district a son centre à Damão. C'est le gouverneur de Damão qui administre tout le district — enclaves comprises. Les fonctionnaires portugais qui se trouvent dans les enclaves lui sont subordonnés. Ils agissent sur ses instructions et avec les moyens d'administration qu'il leur procure.

Il est clair comme le jour que l'administration des enclaves est impossible si ces enclaves ne peuvent pas communiquer avec Damão. D'autre part, aucun moyen physique n'existe d'assurer ces communications sans passer par le territoire indien, puisque la route traverse le territoire indien; et même si on prenait la voie des airs, ce serait par le domaine aérien de l'Inde qu'il faudrait passer.

Les données du problème sont donc bien établies. Et du même coup, l'objet de notre demande se dégage très simplement.

Ce que nous demandons, c'est que le Gouvernement indien ne rende pas impossible l'administration des enclaves portugaises en bloquant les voies de communication qui sont indispensables.

Nous n'avons jamais eu d'autres prétentions. Nous n'en avons jamais eu dans le passé, depuis que les enclaves nous appartiennent, c'est-à-dire depuis le dernier quart du 18^me siècle. Nous n'en avons jamais eu d'autres, ni à l'époque maharatte, ni au temps où l'administration de l'Inde était aux mains des Britanniques, ni depuis qu'elle appartient à la République indienne. Et nous n'en avons pas d'autre dans le présent litige.

Je prie respectueusement la Cour de se référer aux conclusions de notre *mémoire*; elles sont formulées au paragraphe 60, page 33.

Ce que nous demandons à la Cour, c'est de dire:

« a) que le Portugal a un droit de passage sur le territoire de l'Inde en vue d'assurer les liaisons entre Damão (Damão du littoral) et ses territoires enclavés de Dadrá et de Nagar-Aveli; »

« b) que ce droit comporte le transit des personnes et des biens, ainsi que le passage des représentants de l'autorité et des forces armées nécessaires pour assurer le plein exercice de la souveraineté portugaise dans les territoires en question. »

Par conséquent, il est bien précisé qu'il s'agit uniquement d'assurer les liaisons entre Damão et les enclaves et que le droit que nous revendiquons est déterminé et limité par la nécessité d'assurer l'exercice de notre souveraineté dans les enclaves.

Où le Gouvernement de l'Inde a-t-il trouvé que nous revendiquons un régime d'immunité? Il n'y a aucune trace de pareille prétention dans les conclusions que je viens de lire.

Cette intention qu'on nous prête de réclamer le bénéfice d'immunités pour les personnes et les biens se rendant de Damão aux enclaves ou vice-versa est encore une fois un produit de l'imagination de nos adversaires.

Dira-t-on que le droit de transit comporte nécessairement comme corollaire un régime d'immunité — c'est-à-dire un régime qui soustrairait les personnes et les biens en transit à la souveraineté territoriale de l'État?

Nous avons eu quelquefois l'impression, en écoutant les exposés des représentants de la Partie adverse, que cette idée faisait partie de leur thèse. Mais elle est tout à fait inacceptable. Le droit de passage est une chose, l'immunité en est une autre. On s'étonne de devoir insister sur cette constatation, tant elle est élémentaire.

A titre d'exemple — mais à titre d'exemple seulement — nous avons rappelé au paragraphe 118 de nos *observations* que les conventions relatives à la liberté de navigation sur les fleuves internationaux ne soustraient pas cette navigation aux lois, aux règlements et aux mesures administratives des États riverains. Elles contiennent bien quelques dispositions particulières en vue d'éviter certains abus dont l'expérience a révélé le danger. Mais en dehors de ces dispositions conventionnelles spéciales, les usagers de la voie d'eau ne peuvent se prévaloir d'aucune immunité. Ils sont soumis à l'exercice de la compétence territoriale.

Et cela n'empêche pas que, dans l'exercice de cette compétence, l'État riverain doit respecter le principe de la liberté de la navigation, qui domine toute la convention.

Veut-on un autre exemple?

Les agents diplomatiques bénéficient d'un régime d'immunités sur le territoire de l'État auprès duquel ils sont accrédités. Mais quand ces agents diplomatiques doivent passer par le territoire d'un autre État pour rejoindre leur poste ou pour rentrer dans leur pays, on admet généralement qu'ils ne bénéficient d'aucune immunité sur le territoire de cet autre État. Celui-ci doit les laisser passer; mais il n'a aucune obligation de leur accorder un régime d'immunités.

C'est ce que déclare par exemple le traité d'Oppenheim: *International Law* (8^me éd., par. 398, t. I, pp. 806 et 807).

Je crois qu'il est inutile d'insister davantage. Il n'est pas sérieusement contestable qu'un régime d'immunité n'est aucunement le corollaire indispensable du droit de passage.

Il arrive que le droit de passage soit renforcé par un régime d'immunité; mais les deux choses ne peuvent pas être confondues.

Or, je le répète encore une fois, ce que nous réclamons, ce n'est pas un régime d'immunité, ce n'est pas un régime qui ferait échapper les personnes et les biens en transit à la compétence de l'État indien; ce que nous réclamons, c'est que le Gouvernement de l'Inde, quand il exerce sa compétence territoriale, n'empêche pas les liaisons nécessaires entre Damão et les enclaves; c'est que ces liaisons, qui sont matériellement indispensables à l'exercice de la souveraineté portugaise sur lesdites enclaves, soient possibles.

Nous regrettons que le Gouvernement de l'Inde se soit mépris à ce sujet. Mais ce n'est vraiment pas, je pense, de notre faute.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, tous les documents que nous avons produits confirment que l'attitude du Portugal, dans le passé, n'a pas été différente de son attitude actuelle.

Les documents que nous avons produits en annexes à notre mémoire le prouvent. Et il en est de même des documents qui ont été produits par la Partie adverse.

Nous pouvons relever d'ailleurs, à cet égard, une assez curieuse anomalie, dirais-je, dans la thèse du Gouvernement indien.

Les documents que le Gouvernement indien a joints à ses exceptions préliminaires confirment entièrement ce que je viens de dire.

Ils le confirment si bien que nos estimés contradicteurs croient y voir la preuve que nous aurions reconnu, tout au long de cette pratique presque doublement séculaire, le bien-fondé de leur cinquième exception.

Ils invoquent les faits historiques pour soutenir que le Portugal aurait constamment admis ce qu'il conteste aujourd'hui.

Cette affirmation, qui a été répétée à la barre, se trouve énoncée à plusieurs endroits des exceptions préliminaires, notamment au paragraphe 155, chiffres viii, ix, xi et xii, et au paragraphe 159, chiffre 2.

Elle est inexacte. Jamais nous n'avons admis que la compétence du souverain territorial serait une compétence discrétionnaire, en ce sens qu'elle lui permettrait d'empêcher le transit qui est nécessaire pour permettre au Portugal d'administrer ses enclaves.

Mais sous cette réserve, nous ne contestons pas et nous n'avons jamais contesté le droit du souverain territorial de faire usage de sa compétence.

Le Gouvernement de l'Inde croit voir une contradiction entre notre attitude antérieure et notre attitude présente.

La seule contradiction qui existe, en l'espèce, c'est celle qui oppose notre véritable demande à la fausse interprétation qu'on lui attribue de l'autre côté de la barre.

Le droit du Portugal, tel que je viens de le définir, n'avait jamais été violé, et n'avait même jamais été menacé, avant que se produisent les événements qui ont donné naissance au présent litige.

Les incidents qui ont eu lieu avant cela — que ce soit sous les Mahrattes, ou sous l'administration britannique, ou même pendant les premières années de l'administration indienne; — les échanges de vues que ces incidents ont provoqués; — les arrangements qui y ont mis fin: tout cela, qui est relaté avec une grande abondance de documentation dans les pièces de la procédure écrite, concerne des mesures qui pouvaient

faciliter ou gêner le passage des personnes ou des marchandises, qui pouvaient même parfois y mettre obstacle. Mais jamais ces mesures n'ont empêché le Portugal d'assurer l'administration de ses territoires enclavés.

Et la preuve, c'est que depuis le 18^{me} siècle cette administration a pu fonctionner normalement et sans aucune interruption — ce qui est précisément ce que nous demandons.

Pour que le droit du Portugal, tel que je l'ai défini, soit mis en péril, il a fallu que l'Union indienne s'engage dans une voie toute nouvelle, — dans une voie dont l'objectif n'a rien de mystérieux, puisque le Gouvernement de l'Inde lui-même ne cesse de le proclamer.

Ce revirement a été annoncé par les communications diplomatiques qui ont été faites au Gouvernement portugais en 1950 et en 1953, où la volonté de l'Union indienne de faire passer sous sa souveraineté les territoires portugais de l'Inde s'affirme catégoriquement.

Ce revirement s'est manifesté alors par un nombre croissant de mesures restrictives, pour aboutir à la crise aiguë de juillet 1954.

Les enclaves ont été envahies par des bandes venues du territoire de l'Union indienne, et le Gouvernement de la Nouvelle-Delhi refusant au Portugal l'usage des moyens sans lesquels il lui était matériellement impossible d'exercer sa souveraineté à Dadrá et à Nagar-Aveli, alors — mais alors seulement — le droit que nous revendiquons s'est trouvé violé.

C'était la première fois, depuis le 18^{me} siècle, qu'il se heurtait à une négation flagrante. C'était la première fois qu'il était mis en cause.

[Séance publique du 3 octobre 1957, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, après avoir précisé l'objet de notre demande et signalé les erreurs d'interprétation qui ont été commises à cet égard par nos estimés contradicteurs, il me reste à dire quelques mots des titres que nous invoquons à l'appui de notre requête.

Nous invoquons d'abord certains principes généraux et fondamentaux du droit international; nous invoquons également une coutume générale. Je rapproche ces deux sources parce qu'elles ont ceci de commun qu'elles appartiennent l'une et l'autre au droit international général, au droit international qui régit tous les États.

A côté de ces deux sources générales, nous faisons valoir des titres particuliers, qui sont propres aux relations du Portugal avec les souverains de l'Inde. Ces titres particuliers ont à la fois une base conventionnelle et une base coutumière. Nous pensons qu'une coutume régionale s'est formée au cours de l'histoire qui lie le Portugal et les souverains successifs de l'Inde, cette coutume régionale se confondant d'ailleurs assez largement avec les conventions conclues de part et d'autre, comme c'est inévitable. Donc, en bref: des titres généraux, complétés, et je dirai, confirmés par des titres particuliers.

L'exposé que le professeur Guggenheim a fait à la suite de la plaidoirie de sir Frank Soskice concerne les titres généraux. Il me permettra de lui dire amicalement qu'il ne m'a aucunement convaincu. Le professeur Guggenheim s'est attaché à l'examen de deux questions:

Première question: Comment faut-il définir la notion de « principes généraux de droit »?

Deuxième question: Le droit international général reconnaît-il parfois l'existence d'un droit de passage sans immunité?

Sur le premier point, la thèse qu'il a soutenue — si je l'ai bien comprise — peut se résumer de la manière suivante:

Les seuls principes généraux de droit visés à l'article 38 du Statut de la Cour, comme formant une source autonome, sont les principes qui se dégagent de la similitude des droits internes.

Or ce n'est pas dans ce sens-là, d'après le professeur Guggenheim, que le Portugal comprend l'expression, et quand il invoque les principes généraux, il ne s'agit aucunement pour lui de tirer des conclusions de la similitude des droits internes.

Voici, Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, ce que nous répondons à cela:

Nous répondons d'abord que le professeur Guggenheim se trompe quand il dit que nous ne tirons pas de conclusions de la similitude des droits internes.

Il oublie que, dans notre requête déjà, nous avons fait état — je cite — du

« principe, déduit des législations internes, qui donne un droit d'accès au titulaire d'une propriété enclavée » (n° 21, lettre C, de la requête).

Il oublie que nous avons insisté sur ce principe au paragraphe 134 de nos *observations* sur les exceptions préliminaires. Et il oublie que la consultation du professeur Rheinstejn, que nous avons annexée à nos *observations*, n'a pas d'autre objet. Telle est notre première réponse.

Et voici maintenant la seconde:

Le professeur Guggenheim voudrait enfermer la notion de « principes généraux » dans un cadre beaucoup trop étroit — dans un cadre dont l'étroitesse excessive a été reconnue par les meilleurs juristes, par ceux qui ont le plus longuement médité sur ce problème, — et j'ajoute: dans un cadre dont la jurisprudence de la Cour ne s'est jamais contentée.

Nous sommes bien d'accord pour dire qu'il y a des principes généraux de droit qui se dégagent de la similitude des droits internes. Mais nous n'admettons pas qu'en dehors de cette définition technique la notion de principes généraux de droit serait dépourvue de valeur et devrait être écartée des normes dont la Cour fait application.

Le professeur Guggenheim prétend que, en dehors de ce cadre, la notion relèverait du droit naturel et non du droit positif. Nous avons suffisamment réfuté cette allégation dans nos écritures pour qu'il ne soit pas nécessaire, je pense, d'y revenir oralement. La Cour me permettra de la renvoyer respectueusement au paragraphe 127 de nos *observations*.

Nous ne nous plaçons aucunement sur le plan philosophique du droit naturel. Nous nous plaçons uniquement sur celui du droit positif. Nous ne visons que

« le droit international tel qu'il est en vigueur entre toutes les nations faisant partie de la communauté internationale »

— pour reprendre la phrase que le professeur Guggenheim a extraite de l'arrêt du *Lotus* et qu'il a citée à l'audience du 27 septembre (compte rendu, p. 94).

Le professeur Guggenheim dit également que les principes généraux sortant du cadre de la définition étroite où il prétend les enfermer, lui

paraissent « vides de sens et purement tautologiques » (ce sont les termes dont il s'est servi à la même audience (*ibidem*). C'est de sa part une simple affirmation, qu'il n'a pas essayé de justifier.

Et je dois dire que cette affirmation m'étonne.

La souveraineté de l'État serait un principe vide de sens? Cette souveraineté, dont M. Max Huber a si bien fait ressortir au contraire le contenu positif et l'importance fondamentale, dans sa sentence relative à *l'Île de Palmas*?

Les conditions requises par le droit international pour l'existence même d'un État seraient aussi une notion vide de sens et de caractère tautologique? Ces conditions qui jouent, au contraire, un rôle si essentiel, par exemple, lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'un État nouveau?

Le principe de l'effectivité serait un principe vide de sens — alors que dans son beau *Traité de droit international public*, le professeur Guggenheim l'invoque à chaque instant, comme une des pierres de touche essentielles de l'ordre juridique international?

Et le principe que la Cour a rappelé dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, le principe d'après lequel tout État est obligé « de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États », serait aussi un principe vide de sens?

Dans ses *exceptions préliminaires*, le Gouvernement de l'Inde avait soutenu, non pas du tout qu'il s'agissait d'un principe vide de sens, mais que ce principe serait étranger à l'objet du litige. Nous avons répondu à cette allégation aux paragraphes 135 à 139 de nos *observations*. J'ai constaté que la Partie adverse n'y était pas revenue dans ses plaidoiries.

J'espère donc que nous l'avons convaincue.

Le second point traité par le professeur Guggenheim concerne la coutume générale. On peut résumer sur ce point sa thèse de la manière suivante: il nous dit qu'après avoir fait le tour du droit international, il était arrivé à la conclusion que le droit international général ne reconnaissait l'existence d'un droit de passage sans immunité que dans trois cas: celui de la mer territoriale, celui des détroits naturels mettant en communication deux mers libres, et enfin — peut-être — celui qui concerne la partie maritime des fleuves internationaux.

Voilà, nous a-t-il dit, la liste que j'ai dressée. Or votre cas n'est pas sur ma liste; donc il n'existe pas.

J'avoue que cette méthode de raisonnement m'étonne. Malgré la science juridique du professeur Guggenheim et toute la confiance qu'elle m'inspire, je puis difficilement me laisser convaincre par de telles conclusions.

D'abord, il est possible qu'il se soit trompé dans l'établissement de son inventaire. Et tout à l'heure, précisément, j'ai eu l'occasion de mentionner le traité d'Oppenheim, qui reconnaît au diplomate traversant un pays tiers, pour rejoindre son poste, un droit de passage sans immunité. Ce droit de passage n'a pas une origine conventionnelle; il résulte d'une coutume générale. Voilà un point qui mériterait, en tout cas, qu'on y regarde de près.

Et puis sur quoi cet inventaire a-t-il porté? Je présume qu'il a porté sur la littérature du droit international. Or, quelle que soit la valeur qu'il convienne d'attribuer à la doctrine, ce serait tout de même forcer son rôle que d'y ramener le droit international tout entier; que de considérer cette doctrine, non seulement comme infaillible, mais comme exhaustive. Prétendre qu'une règle de droit international n'existe pas,

parce que les auteurs n'en parlent pas, c'est une prétention, à mon avis, inadmissible.

Quand le Statut de la Cour mentionne, à l'article 38, « la doctrine des publicistes les plus qualifiés », il ne la cite que « comme un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Que les auteurs n'aient guère eu l'attention attirée sur des cas comme le nôtre, cela se comprend d'ailleurs facilement, parce que ces cas sont exceptionnels. Il est exceptionnel qu'un État prenne l'attitude que l'Union indienne a prise récemment vis-à-vis du Portugal et rende impossible l'exercice de la souveraineté sur des parcelles enclavées. Depuis que le Portugal administre Dadrá et Nagar-Aveli, ce n'était jamais arrivé.

Nous demandons à prouver que le droit international général consacre l'existence du droit de passage dans le cas que nous revendiquons. Et à l'appui de cette demande, ce ne sont pas seulement les principes généraux de droit que nous invoquons — des principes qui nous paraissent d'ailleurs d'une importance fondamentale dans la structure de l'ordre juridique international —, c'est aussi une coutume générale.

Ce que nous disons de cette coutume générale est résumé au paragraphe 51 de notre *mémoire* et exposé avec quelques précisions additionnelles aux paragraphes 148 à 151 de nos *observations* sur les exceptions préliminaires.

Je ne vais pas reprendre en détail cet exposé. Qu'il me soit permis d'indiquer simplement que, dans cet ordre d'idées, nous avons produit des attestations officielles concernant le régime de certaines enclaves actuelles, et que nous avons produit une étude historique du professeur Édouard Bauer de l'Université de Neuchâtel sur le régime des enclaves depuis les traités de Westphalie de 1648.

Pour ce qui est des enclaves actuelles, le Gouvernement de l'Inde avait soutenu, aux paragraphes 187 et 188 de ses exceptions préliminaires, qu'il s'agissait uniquement d'un régime conventionnel. Sur la base des notes que nous ont remises les Gouvernements intéressés et que nous avons reproduites aux annexes 21, 22, 23 et 24 de nos *observations*, il ne nous a pas été difficile de réfuter cette affirmation.

Quant à l'étude historique du professeur Bauer, elle passe en revue, comme je le rappelais tout à l'heure, le régime des enclaves depuis 1648, depuis ces traités de Westphalie que l'on peut considérer comme marquant les débuts de l'ordre juridique international moderne. Elle figure à l'annexe 25 de nos *observations*. Elle couvre trente-huit pages de nos annexes et la personnalité dont elle émane est, je crois, particulièrement versée dans la connaissance de la question.

Sir Frank Soskice s'est débarrassé peut-être un peu rapidement de cette étude en lui prêtant une conclusion qui n'est pas du tout celle de l'auteur.

D'après sir Frank Soskice, ce qui résulterait de cette étude de Bauer, c'est qu'en général les droits de passage dont l'histoire révèle l'existence n'auraient eu pour base que des traités (compte rendu, p. 84).

Or le professeur Bauer émet une tout autre opinion. Le droit de passage — dit-il — (je cite) :

« est inclus dans toute enclave. Il peut prendre une forme contractuelle, mais son existence ne dépend pas à proprement parler de la formation d'un contrat ou de la conclusion d'un traité. En recon-

naissant juridiquement l'existence d'une enclave, l'État environnant assume, par le fait même de cette reconnaissance, l'obligation de la laisser subsister, c'est-à-dire de la laisser communiquer librement avec l'extérieur en empruntant son territoire. » (Annexe 25 à nos observations, p. 799.)

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, voilà pour les titres généraux dont nous faisons état : principes généraux de droit et coutume générale.

Tout cela évidemment fera l'objet d'une discussion approfondie quand nous aborderons l'examen contradictoire du fond. Mais je crois vraiment que personne ne pourrait raisonnablement soutenir qu'il s'agit là de titres manifestement dépourvus de toute valeur.

Or c'est ce que le Gouvernement de l'Inde devrait établir pour justifier son exception préliminaire.

Quant aux titres particuliers : conventions conclues au cours de l'histoire entre le Portugal et les souverains successifs de l'Inde, et coutume régionale résultant de cette longue pratique, il ne peut être évidemment question de discuter, dans cette phase préliminaire, la valeur et la signification des innombrables matériaux qui s'y rapportent.

Je ne ferai à leur sujet que quelques observations.

La première se rapporte à un reproche qui nous a été fait à plusieurs reprises par la Partie adverse.

M. l'Attorney-General de l'Inde et ses collaborateurs nous ont fait grief d'avoir manqué à notre devoir d'information, en ne fournissant à l'appui de notre demande qu'un nombre restreint de faits et de documents.

M. le doyen Galvão Telles a déjà répondu à ce reproche, qui s'explique en grande partie par l'erreur que nos adversaires ont commise au sujet de l'objet même de nos prétentions.

Je voudrais y ajouter ceci : on nous dit, de l'autre côté de la barre, que les documents annexés à notre *mémoire* se rapportent presque tous, soit à la période mahratte, soit aux années qui ont précédé immédiatement le dépôt de notre requête. Quant à la période intermédiaire, dit-on — c'est-à-dire la période britannique —, vous gardez à son sujet un silence presque complet.

En somme, on nous accuse, si je comprends bien, d'avoir fait, parmi les documents, une sélection tendancieuse.

L'explication est beaucoup plus simple que cela.

Si nous avons produit surtout des documents se rapportant à l'époque mahratte et aux années qui ont précédé l'introduction de l'affaire devant la Cour, c'est qu'il s'agit là de deux moments qui ont une importance particulière pour le procès.

Le premier est celui où l'installation des Portugais dans les enclaves a eu lieu, où le régime a pris corps, où s'est formée la pratique qui allait se poursuivre jusqu'à nos jours, et le second, c'est le moment où la nouvelle politique du Gouvernement indien est entrée en conflit avec cette tradition et a provoqué la crise actuelle.

Il était donc important de préciser les événements qui les ont marqués, l'un et l'autre.

Quant à la période intermédiaire — la période britannique — elle n'offre, nous semble-t-il, qu'un intérêt tout à fait secondaire, parce que, d'après nous, le régime qui s'était formé au temps des Mahrattes n'a fait alors que se prolonger et que les changements qui ont pu se produire

n'ont affecté en rien le seul droit que nous revendiquons, c'est-à-dire celui de pouvoir maintenir avec nos enclaves les communications nécessaires à leur administration.

Je sais bien que, sur ce point, nos adversaires sont d'un autre avis et qu'ils soutiennent notamment que la conclusion du traité anglo-portugais de 1878, ainsi que son abrogation en 1891, sont des événements essentiels, qui auraient modifié profondément la situation.

Mais nous différons complètement d'avis avec eux sur ce point. S'ils veulent faire état de ces événements pour combattre notre façon de voir, ils sont naturellement libres de le faire. Mais ils ne peuvent pas nous reprocher, en tout cas, de n'avoir pas pris l'initiative de produire des documents qui, à nos yeux, sont sans rapport avec l'objet du litige.

Voilà la première observation que je voulais faire.

Voici maintenant la seconde.

Une exception préliminaire, basée sur l'exclusivité de la compétence nationale, ne pourrait être retenue comme exception préliminaire, c'est-à-dire comme exception arrêtant le développement normal de la procédure, que si la Cour était en situation de se convaincre, par un examen sommaire des titres du demandeur, que ces titres sont manifestement dépourvus de valeur, qu'ils n'offrent pas matière à une véritable discussion.

S'il apparaît que les titres ne doivent pas être évidemment écartés, s'il apparaît qu'on ne peut pas se prononcer sur leur mérite sans un débat approfondi, alors l'exception préliminaire doit être écartée ou elle doit être jointe au fond.

Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, je crois qu'il n'est pas nécessaire pour nous de démontrer que la condition requise pour l'admission immédiate de l'exception n'est certainement pas remplie. Si nous avons besoin de le prouver, nos adversaires eux-mêmes nous en auraient fourni le moyen. Ils nous l'auraient fournie par la place que tiennent, dans leurs écritures, les observations consacrées au fond du débat.

Cent trente-trois paragraphes de leurs exceptions préliminaires, complétés par un volume de documents, couvrant plus de 400 pages, sans compter la plaidoirie de sir Frank Soskice et l'exposé complémentaire du professeur Guggenheim!

Car ce qui est discuté et plaidé dans tout cela, c'est incontestablement le fond: ce sont les faits historiques et ce sont les titres sur lesquels le Portugal appuie sa demande.

La Partie adverse elle-même démontre ainsi, par son attitude, que la réponse à donner à sa cinquième exception exige un débat au fond.

Seulement, elle voudrait que ce débat fût écourté; elle voudrait un débat réduit à des proportions anormales, un débat qui ne dépasserait pas la phase préliminaire de la procédure.

Sir Frank Soskice n'en a pas fait mystère.

« Le Gouvernement indien », a-t-il dit à l'audience du 27 septembre, « prie la Cour de dire qu'elle ne procédera pas à l'examen du fond. »

Et quelques lignes plus loin :

« Il ne serait pas juste de demander au Gouvernement indien de discuter, au cours d'un examen sur le fond, les questions qu'il ne désire pas soumettre à l'arbitrage d'un tribunal international. »
(Compte rendu, p. 90.)

Voilà, me semble-t-il, qui est clair.

Non seulement le Gouvernement de l'Inde ne veut pas que la Cour statue sur notre demande, mais il veut échapper au débat qui est prévu par les dispositions statutaires de la Cour.

A ce débat normal, il voudrait substituer un débat écourté, un débat sommaire.

Dans l'histoire d'Angleterre le *Rump Parliament*, le « Parlement-croupion », est resté célèbre. C'est à une « Rump discussion » que le Gouvernement de l'Inde voudrait nous amener.

La Cour rejettera certainement une prétention aussi manifestement injustifiée.

Elle rejettera l'exception ou elle décidera de la joindre au fond.

En ce qui nous concerne, tout ce que nous demandons, c'est de pouvoir exposer nos griefs dans les conditions prévues par le Statut de la Cour.

Tout ce que nous demandons, c'est un débat approfondi sur les raisons de droit et de fait que nous invoquons à l'appui de notre demande.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, dans les conclusions qu'il a prises à la barre à propos de la cinquième exception préliminaire, M. l'Attorney-General de l'Inde a inséré un attendu qui est ainsi libellé :

« attendu *d*) que le Portugal et l'Inde n'ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour que pour les différends d'ordre juridique susceptibles d'être tranchés par la Cour conformément aux dispositions de l'article 38, paragraphe 1, du Statut, et que le différend soumis à la Cour par le Portugal n'est pas un différend de cet ordre et qu'il n'y a pas eu d'accord entre les Parties pour soumettre le différend à la Cour en vertu des dispositions de l'article 38, paragraphe 2, du Statut; en conséquence, pour ce motif également, la cinquième exception doit être maintenue ».

Si je comprends bien l'idée qui est ainsi exprimée, le Gouvernement de l'Inde ne se contenterait pas de soutenir que la question faisant l'objet du litige relèverait exclusivement du domaine de la compétence nationale. Il soutiendrait en outre que ce différend ne serait pas un différend juridique, et que, n'ayant pas ce caractère, il ne pourrait être soumis à la Cour qu'en vertu de l'article 38, paragraphe 2, du Statut qui exige l'accord des Parties.

Il nous est impossible d'admettre cette nouvelle exception.

Il nous est impossible de l'admettre pour deux raisons.

D'abord, parce qu'elle est dépourvue de tout fondement.

Et ensuite, parce que c'est une exception nouvelle.

Aucune des six exceptions préliminaires présentées par le Gouvernement de l'Inde le 15 avril 1957 ne se fonde sur la prétention que le différend soumis à la Cour n'aurait pas un caractère juridique.

Or l'article 62 du Règlement de la Cour porte que :

« Toute exception préliminaire doit être présentée au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie soulevant l'exception. »

En toute hypothèse, par conséquent, la présentation de cette nouvelle exception serait tardive.

D'autre part, dans sa troisième exception préliminaire, le Gouvernement de l'Inde prétend que le différend dont la Cour est saisie n'aurait pas pris forme avant le dépôt de la requête, parce que, d'après lui, les

prétentions antérieures du Portugal n'auraient jamais été placées sur le plan juridique.

Par-là même, il reconnaît donc que le différend porté devant la Cour par notre requête se place sur le plan juridique.

Car s'il n'admettait pas cette vérité, d'ailleurs évidente, il ne pourrait pas alléguer que le litige porté devant la Cour se place sur un autre terrain que le différend qui avait été débattu dans les négociations antérieures.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, l'article 41 du Statut donne à la Cour le pouvoir d'indiquer les mesures conservatoires qui lui paraissent nécessaires pour préserver, à titre provisoire, les droits des Parties. L'article 61 du Règlement confirme ce pouvoir, en précisant que des mesures de ce genre peuvent être indiquées à tout moment et modifiées suivant les circonstances.

Ce n'est là, comme la Cour l'a déclaré dans son ordonnance du 5 décembre 1939 relative à l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, que l'application d'« un principe universellement admis devant les juridictions internationales » — principe que la Cour a formulé de la façon suivante :

« Les Parties en cause doivent s'abstenir de toute mesure susceptible d'avoir une répercussion préjudiciable à l'exécution de la décision à intervenir et, en général, ne laisser procéder à aucun acte, de quelque nature qu'il soit, susceptible d'aggraver ou d'étendre le différend. »

Ce sont les termes dont se sert l'ordonnance du 5 décembre 1939 (Série A/B, n° 79, p. 199).

Nous les avons d'ailleurs reproduits au paragraphe 59 de notre *mémoire*.

Nous ne demanderons pas actuellement à la Cour d'indiquer des mesures conservatoires à prendre.

Mais nous lui demanderons de rappeler aux Parties ce principe essentiel — ce principe universellement admis devant les juridictions internationales — et qui est indépendant de toute indication de mesures conservatoires concrètes.

Nous croyons être d'autant plus justifiés à lui adresser cette demande que le différend dure maintenant depuis plus de trois ans; que le dépôt de notre requête introductive d'instance date de près de vingt-deux mois; et qu'en se prolongeant, la situation risque de s'aggraver, si des précautions ne sont pas prises pour éviter qu'elle le fasse.

Dans son ordonnance relative à l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*, la Cour a reconnu que des ajournements successifs et les délais qui en résultent donnent une importance particulière au principe qu'elle a rappelé.

A fortiori en est-il ainsi dans un cas comme le nôtre.

Le rappel par la Cour du principe dont il s'agit ne serait pas seulement justifié par les circonstances.

Nous pensons qu'il aurait les plus heureux effets.

Le Gouvernement portugais, pour sa part, s'engage à y conformer pleinement sa conduite.

Et nous sommes convaincus que le Gouvernement de l'Inde n'hésiterait pas à le faire.

M. l'Attorney-General a proclamé, dans ses remarques introductives, le respect de son pays pour la juridiction internationale. On concevrait

difficilement dès lors que l'Inde fût insensible à un appel aussi élémentaire que celui-là.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'espère que vous voudrez bien me pardonner d'avoir soumis votre patience à une aussi longue épreuve.

Quand on est chargé de défendre une cause, on hésite quelquefois à passer sous silence les arguments de l'adversaire, même quand il serait peut-être possible de le faire.

Or le Gouvernement de l'Inde n'a ménagé aucun effort pour accumuler les obstacles sur notre route.

Nous l'avons suivi, autant que possible, dans toutes les directions où il lui a plu de nous entraîner. Nous avons répondu, nous semble-t-il, à toutes les thèses et à tous les arguments qu'il a jetés dans le débat.

Et nous croyons avoir démontré que la volumineuse construction qu'il nous oppose n'est en réalité qu'un colosse aux pieds d'argile.

Monsieur le doyen Galvão Telles, avec votre permission, va lire à la barre les conclusions du Gouvernement portugais.

11. PLAIDOIRIE DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
A L'AUDIENCE PUBLIQUE DU 3 OCTOBRE 1957, APRÈS-MIDI

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Comme vient de le dire M. le professeur Maurice Bourquin, les avocats portugais ayant terminé leur réponse aux plaidoiries de la Partie adverse, le moment est venu de soumettre à la Cour les conclusions du Gouvernement portugais sur les exceptions préliminaires soulevées par le Gouvernement indien.

Ces conclusions sont, en principe, définitives, mais nous nous réservons le droit de les modifier ou de les compléter, au cas où les conseils de la Partie adverse, au cours de leur réplique, formuleraient des allégations qui l'exigeraient ainsi.

Voici donc les conclusions du Gouvernement portugais.

Conclusions du Gouvernement portugais

I

En ce qui concerne la première exception préliminaire

Attendu que la réserve de la déclaration portugaise du 19 décembre 1955 sur laquelle le Gouvernement de l'Inde s'appuie pour prétendre que ladite déclaration serait nulle en tant que reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour ne contrevient aucunement aux prescriptions du Statut de la Cour et ne peut donc être considérée comme entachée de nullité;

Qu'en tout état de cause d'ailleurs la nullité de cette réserve n'aurait pas pour effet d'entraîner celle de la déclaration elle-même;

Attendu que la requête par laquelle le Gouvernement portugais a saisi la Cour du présent litige a donc à cet égard un fondement valable;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rejeter la première exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde.

II

En ce qui concerne la deuxième exception préliminaire

Attendu que les déclarations faites conformément à l'article 36, paragraphe 2, du Statut entrent en vigueur immédiatement et ont pour effet de rendre la juridiction de la Cour obligatoire entre États acceptant la même obligation;

Attendu qu'aucune condition spéciale n'est requise à cette fin;

Qu'il n'est pas exigé notamment, pour que l'État déclarant puisse exercer ses droits, en soumettant à la Cour un différend par voie de requête, que sa déclaration ait été portée à la connaissance de l'État auquel ce différend l'oppose;

et qu'il n'est pas exigé davantage qu'un certain laps de temps se soit écoulé depuis le moment où la déclaration a été faite;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rejeter la deuxième exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde.

III

En ce qui concerne la troisième exception préliminaire

Attendu que le droit international ne fait pas dépendre l'introduction d'instance, par requête unilatérale, de l'épuisement préalable des négociations diplomatiques, sauf existence d'une clause conventionnelle stipulant cette condition;

Attendu qu'il n'existe aucune clause de ce genre dans le cas présent et que le Gouvernement portugais n'était donc pas obligé de poursuivre les négociations diplomatiques avec le Gouvernement indien jusqu'au point où elles deviendraient inutiles;

Attendu qu'en tout état de cause c'est au Gouvernement indien qu'il appartiendrait de prouver l'insuffisance de ces négociations et que non seulement il n'a pas fait cette preuve mais que la preuve contraire résulte des documents;

Attendu que ces négociations ont indubitablement fait ressortir l'existence d'un différend entre les Parties;

Attendu qu'il est inexact d'affirmer que ces négociations ne se situent pas sur le plan juridique, puisque le Gouvernement portugais a constamment protesté contre la violation par le Gouvernement indien des droits qu'il revendique par la présente instance et qu'il a signalé la responsabilité que le Gouvernement indien assume de ce fait;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rejeter la troisième exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde.

IV

En ce qui concerne la quatrième exception préliminaire

Attendu que le principe de réciprocité consacré par l'article 36 du Statut de la Cour concerne l'étendue des obligations liant les États engagés de part et d'autre dans un différend, au moment où la Cour est saisie de ce différend;

Attendu qu'il ne s'applique pas aux mesures que lesdits États auraient eu le droit de prendre éventuellement avant que l'affaire fût portée devant la Cour, soit pour mettre fin à la force obligatoire de leurs déclarations, soit pour en restreindre le champ d'application;

Attendu que la faculté dont le Gouvernement de l'Inde se plaint d'avoir été frustré par suite du dépôt rapide de la requête portugaise n'est donc pas couverte par le principe de réciprocité, tel que l'article 36 en détermine l'objet;

Qu'en fût-il autrement, d'ailleurs, le Gouvernement de l'Inde n'aurait eu nullement besoin d'invoquer ce principe pour limiter le champ de ses obligations relatives à la juridiction obligatoire de la Cour, avant le

dépôt de la requête introductive d'instance, et qu'il ne lui était donc aucunement nécessaire, pour obtenir ce résultat, de connaître la déclaration portugaise;

Attendu, au surplus, qu'il existe une contradiction flagrante entre la première et la quatrième exceptions, car si la réserve portugaise était sans valeur juridique, ainsi que le soutient le Gouvernement de l'Inde dans sa première exception, on ne voit pas comment ce Gouvernement aurait pu se prévaloir de ladite réserve pour en tirer les conséquences qu'il envisage dans sa quatrième exception;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rejeter la quatrième exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde.

V

En ce qui concerne la cinquième exception préliminaire

Attendu que le Gouvernement de l'Inde demande à la Cour de déroger aux dispositions de l'article 43 de son Statut et des articles correspondants de son Règlement, relatives au déroulement normal de la procédure contentieuse, en alléguant que, d'après le droit international, les questions qui font l'objet du présent litige relèveraient exclusivement de la juridiction de l'Inde;

Attendu que, pour statuer sur cette allégation en connaissance de cause, un débat sur le fond serait nécessaire, alors que le Gouvernement de l'Inde demande précisément à la Cour d'écarter définitivement un tel débat, en se proclamant *hic et nunc* incompétente pour statuer sur la demande portugaise;

Attendu que pareille prétention ne pourrait, en tout cas, être accueillie que si le Gouvernement de l'Inde démontrait qu'il suffit d'un examen sommaire des titres invoqués par le Portugal, pour faire ressortir que ces titres sont manifestement dépourvus de valeur et qu'il est, par conséquent, superflu de prolonger la procédure en se conformant aux dispositions pertinentes du Statut et du Règlement de la Cour;

Attendu que le Gouvernement de l'Inde n'a aucunement administré cette preuve et que les arguments avancés de part et d'autre démontrent au contraire la nécessité d'un débat approfondi pour permettre à la Cour de se prononcer sur la valeur des titres en question;

Attendu qu'il est, d'autre part, inexact de prétendre que l'objet du présent litige aurait été traité, dans le passé, comme touchant à une matière relevant de la compétence exclusive de l'Inde, et que le Portugal lui aurait même reconnu ce caractère;

Attendu que les affirmations énoncées à cet égard par le Gouvernement de l'Inde au paragraphe 159 de ses exceptions préliminaires reposent sur une interprétation erronée de la demande dont la Cour est saisie;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rejeter la cinquième exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde;

Subsidiairement:
la joindre au fond.

VI

En ce qui concerne la sixième exception préliminaire

Attendu que le Gouvernement indien, par sa déclaration du 28 février 1940, a accepté la juridiction de la Cour en ce qui concerne tous différends qui s'élèveraient après le 5 février 1930, « relativement à des situations ou à des faits postérieurs à cette date »;

Attendu que les situations et les faits qui doivent être pris en considération pour l'application de cette clause sont uniquement ceux qui constituent des éléments générateurs du différend;

Attendu que les situations et les faits générateurs du différend sont tous postérieurs au 5 février 1930;

Attendu donc que la sixième exception est dénuée de fondement;

Attendu que, pour écarter cette conclusion, le Gouvernement indien s'est borné à avancer une hypothèse et à émettre une affirmation, formellement contestée, suivant laquelle le Portugal n'aurait ni revendiqué ni exercé un droit de passage avant le 5 février 1930, au moins depuis l'abrogation du traité anglo-portugais de 1878;

Attendu qu'une discussion approfondie sur ces points serait indispensable, notamment sur la véritable portée dudit traité et des effets de son abrogation;

Attendu que cette discussion soulèverait des questions de fait et des points de droit sur lesquels les Parties sont, à plusieurs égards, en désaccord et qui sont trop étroitement liés au fond pour que la Cour puisse se prononcer à leur sujet en pleine connaissance de cause, dans le cadre de l'examen d'une exception préliminaire;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rejeter la sixième exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde;
Subsidièrement:
la joindre au fond.

VII

Attendu que, dans ses conclusions relatives à la cinquième exception préliminaire, le Gouvernement de l'Inde soutient

« d) que le Portugal et l'Inde n'ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour que pour les différends d'ordre juridique susceptibles d'être tranchés par la Cour conformément aux dispositions de l'article 38, paragraphe 1, du Statut, et que le différend soumis à la Cour par le Portugal n'est pas un différend de cet ordre et qu'il n'y a pas eu d'accord entre les Parties pour soumettre le différend à la Cour en vertu des dispositions de l'article 38, paragraphe 2, du Statut; en conséquence, pour ce motif également, la cinquième exception doit être maintenue »;

Attendu qu'il s'agit là d'une exception nouvelle;

Attendu qu'elle est manifestement dénuée de fondement, comme l'établissent les titres juridiques invoqués par le Gouvernement portugais à l'appui de sa requête;

Attendu, d'autre part, qu'aux termes de l'article 62 du Règlement de la Cour, les exceptions préliminaires doivent être présentées au plus

tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la Partie soulevant l'exception;

Attendu que, dans ces conditions, ladite exception serait, en tout cas, non recevable;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rejeter la nouvelle exception soulevée par le Gouvernement de l'Inde sous les apparences d'un argument en faveur de sa cinquième exception préliminaire.

VIII

Attendu que la requête introductive d'instance a été déposée au Greffe de la Cour le 22 décembre 1955;

Attendu que le différend risque de s'aggraver aussi longtemps qu'une décision n'est pas intervenue sur le fond et que cette aggravation pourrait compromettre l'exécution de ladite décision;

Par ces motifs,

Plaise à la Cour

rappeler aux Parties le principe universellement admis, d'après lequel elles doivent faciliter l'accomplissement de la mission de la Cour, en s'abstenant de toute mesure pouvant exercer une influence préjudiciable sur l'exécution de ses décisions, ou entraîner soit une aggravation, soit une extension du différend.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je me fais un devoir, en terminant, d'adresser mes remerciements profondément respectueux à la Cour pour l'attention qu'elle a bien voulu prêter aux plaidoiries des avocats du Gouvernement portugais.

12. REPLY OF SHRI M. C. SETALVAD

(COUNSEL OF THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC OF INDIA)
AT THE PUBLIC HEARINGS OF 5 TO 8 OCTOBER 1957

[Public hearing of 5 October 1957, morning]

Mr. President and Members of the Court:

It will now be my task to reply to our learned opponents' arguments on the various objections. I will deal with the arguments briefly, and I will deal with the objections in the order in which we took them in our opening speeches.

Mr. President and Members of the Court, India's case in regard to the first Objection has been presented to the Court with some fullness in the written Pleading and in her oral argument on the morning of the 24th September. As the oral argument of our opponents does not seem to us to have introduced any new point of substance, I think it will best assist the Court if I confine myself to commenting briefly on some of the matters raised by Professor Bourquin, the very learned and distinguished Member of the Bar assisting our opponents.

As the Court will recall, India claims that there are two alternative grounds on which Portugal's third condition must be held to invalidate the whole of her Declaration. The principal and overriding ground of invalidity is that third condition, even if it is read as applying only to cases brought before the Court subsequently to the notification of an exclusion of a category of disputes, is still incompatible with the Optional Clause. Our opponents' arguments in regard to this principal ground of invalidity do not seem to go much beyond what was said in the Portuguese Observations, and they do not, I submit, really answer the criticism of the Portuguese third condition made in our written Pleading and in Professor Waldock's argument on the 24th September.

Basically, our opponents still justify the third condition by invoking the freedom given to States to fix for themselves the terms of their Declarations, and by alleging that there is no other limit upon this freedom than can be found in a specific provision of the Statute, such as Article 36, paragraph 6.

Professor Bourquin, if I heard him correctly, gave the Court to understand that the authors of the Statute really intended States to have such a wide freedom to make conditions and reservations as would cover the Portuguese third condition. With all due respect to my distinguished opponent, I doubt very much whether anyone will agree with him, who reads the records of the Committee of the First Assembly of the League, which were concerned with the drafting of the Statute, and the records of the Third Committee of the Fifth Assembly, where the question of encouraging States to sign the Optional Clause was discussed. The resolution of the Fifth Assembly, which endorsed the power of making reservations, was in the following terms. I quote:

"The reservations conceivable may relate, either generally to certain aspects of any kind of dispute, or specifically to certain

classes or lists of disputes, and these different kinds of reservation can legitimately be combined."

That finishes the quotation. There is no suggestion in this resolution that States were to have the absolutely unbridled power of making reservations, which Portugal claims. Certainly, in order to encourage acceptance of the clause, it was envisaged that States which had strong susceptibilities on particular matters or particular categories of matters should be allowed to make reservations. But it was always contemplated that these matters or categories of matters would be defined in the instrument of acceptance. The idea that a State was authorized to become a party to the Optional Clause, with a continuous day-to-day power to make fresh reservations, certainly never entered anyone's head.

Mr. President and Members of the Court, listening to Professor Bourquin's exposition of the matter, one might almost think that the Portuguese third condition is just an ordinary kind of reservation, such as you might find in any of the instruments conferring jurisdiction upon the Court—nothing out of the way, at all. In fact, of course, it is a complete innovation. No such condition, or reservation, is to be found in any Declaration under the Optional Clause. No such condition, or reservation, is to be found in the many hundreds of treaties of arbitration, whether bilateral or multilateral.

To Portugal, alone, belongs the distinction of having introduced this odious form of clause into the international system of jurisdiction.

When a State, Mr. President and Members of the Court, thinks up quite such an irregular, unprecedented condition as the Portuguese third condition, it is scarcely to be wondered at that it may not be found to be covered by a precise particular provision of the Statute aimed directly at the condition in question. But Professor Bourquin is quite wrong in representing that India does not base herself on and cannot find any specific provision of the Statute which prohibits a condition of that kind. India bases herself on the very terms of the Optional Clause itself under which the declarant State is required to recognize the jurisdiction of the Court as compulsory *ipso facto* in relation to any other State accepting the same obligation. If a Declaration does not comply with this prescription we say that it is not a valid acceptance of the Optional Clause.

I do not really see how it helps our opponents to contrast the Portuguese third condition with the French reservation in the *Norwegian Loans* case and to say that in that type of reservation it is paragraph 6 of Article 36 which impugns the validity of the reservation. So be it. But this is a different type of clause and it is paragraph 2 of Article 36 which India says impugns the validity of the present clause. At the same time, it is permissible to point out that more than one authority has based the invalidity of the French type reservation on a general incompatibility with paragraph 2 of Article 36 as well as on a particular incompatibility with paragraph 6 of that Article (see p. 131, 1954 number of the *British Yearbook of International Law*).

As I said, Mr. President and Members of the Court, India bases herself on the specific provisions of the Optional Clause itself and we complain that Portugal's Declaration is so variable and flexible as to make her acceptance of compulsory jurisdiction illusory and to undermine the protection intended to be given to other States by the words "in relation to any other State accepting the same obligation". And what is this

“same obligation” that must be accepted under the Optional Clause? It is an obligation to accept the compulsory jurisdiction of the Court with respect to the same defined categories of disputes, and one would have thought the categories must be finally defined when the obligation is said to be accepted. Otherwise, there is not an unconditional acceptance of the same obligation nor any genuine allegiance to the Optional Clause. Our opponents, Mr. President and Members of the Court, both here and in the Fourth Objection, maintain that under the Optional Clause system the Court must never look at anything but the situation existing at the time when an Application is filed. The system, we are to understand, is absolutely free and flexible right up to the moment of the filing of the Application and only acquires certainty and meaning when an Application has been filed.

Mr. President and Members of the Court, we contest most vigorously this concept of the Optional Clause relationship as one which has no meaning and no interest for parties to the clause except when an Application is filed. Declarations under the Optional Clause, like a treaty of arbitration, set up a continuing legal bond between the States concerned which fundamentally affects the diplomatic position *vis-à-vis* each other. It is, therefore, a matter of critical importance for each State that the terms of this legal bond should not be uncertain or completely variable at the option of the other party to the agreement. Other States, we are asking the Court to hold, are entitled to a reasonable certainty at the outset and during the continuance of their juridical bond with Portugal as to the precise terms of the same obligation under which Portugal claims to have based them.

To-day, Mr. President and Members of the Court, having heard the arguments of our opponents on the Fourth Objection, we must also ask the Court to look at the matter from another angle. We must ask the Court to hold that a Declaration which seeks to create a divergence between, on the one hand, the rights and obligations of the declarant State and, on the other hand, the rights and obligations of other States *vis-à-vis* the declarant State, is incompatible with the specific provision in Article 36, paragraph 2, which only contemplates and authorizes Declarations made in relation to other States accepting the same obligation. The reason is, Mr. President and Members of the Court, that our opponents disclosed in their oral argument on Wednesday afternoon (Verbatim Record, pp. 163-164) that they do not consider India or any other State to have any right at any time to invoke against Portugal the right reserved for herself by Portugal in her third condition. Our opponents insist that in regard to conditions and reservations, the principle of reciprocity has no meaning at all and no operation at all until an Application has already been filed and then only in connection with a dispute which is the subject-matter of the Application. Thus, before the filing of an Application, Portugal herself is to have complete liberty to change the terms of her Declaration as against all other parties to the Optional Clause, but they are to have no such right as against Portugal. Rather a one-sided arrangement is it not, Mr. President and Members of the Court? I shall have something more to say later about this Portuguese theory of reciprocity when I reply to our opponents' arguments on the Fourth Objection.

Here, I only ask the Court to take formal note of the fact that Portugal claims differential treatment, indeed, a differential status under the

Optional Clause. She claims a right which she denies to other States. If that is what she claims of her third condition, Mr. President and Members of the Court, we say that it doubles the force of our previous argument that her third condition is incompatible with the specific provision in Article 36, paragraph 2, of the Statute which restricts Declarations under the Optional Clause to acceptance in relation to other States accepting the same obligation.

Members of the Court will surely not think that we were exaggerating in any way when we spoke of the double-faced character of the Portuguese Declaration. Portugal, while always claiming the right at all times to take other States before the Court, claims the benefit of an escape clause in her own Declaration, the use of which she denies to other States. Our opponents seem to think that they have, in some way, disposed of our criticism about the double-faced character of their Declaration, by referring to a special reservation which is to be found in Australia's Declaration of February 6th, 1954. But the comparison with Australia's Declaration is really, I submit, quite off the mark. Japan, with whom Australia had differences in regard to Pearl Fisheries, had not made any Declaration under the Optional Clause and, so far as I know, she has not made one yet. What Australia did was to make a specific reservation excluding what she presumably considered to be a question of special interest to herself from the scope of her Declaration. Such a reservation was exactly of the kind contemplated by the authors of the Optional Clause. There is all the difference between a specific, precise reservation laid down beforehand and the subsequent, continuous right of revision which Portugal has inserted in her Declaration.

The other ground, Mr. President and Members of the Court, on which we say that the Portuguese third condition is incompatible with the Optional Clause is that it appears to reserve for Portugal the right to exclude at any time from our acceptance of the Optional Clause any given category out of the Declaration *ab initio*.

Our opponents, however, say that the text of the third condition is clear in the contrary sense, in the sense that notification of an exclusion from the Declaration is only to affect subsequent Applications to the Court, and they say that our interpretation is artificial and audacious and that we base ourselves on nothing but the note of a foreign Government, namely, the Government of Sweden.

They further maintain that Sweden gave no particular reason for her opposition to the Portuguese Declaration, and they imply that there is no reason to suppose that Sweden took the same view of the Portuguese third condition as India.

Finally, they contend that the validity of the Portuguese Declaration under the Optional Clause is to be presumed, that the burden is on India to prove its invalidity and that all that India does is to suggest a doubt.

When our opponents claim, Mr. President, that the clear intention and meaning of the words—and I prefer to quote the French, and I trust that the Court and my learned friends on the other side will pardon my incorrect French pronunciation—“*qui prendra effet à la date où elle aura été donnée*”—in the third condition, is to rule out an interpretation giving it a retrospective operation, when they say this, they simply shut their eyes to the parallel provision in their second condition. The words in the second condition are: “*La présente déclaration entre en*

vigueur à la date de son dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies."

Plainly, the intention behind this provision was simply to rule out any question of a subsequent instrument of ratification and, if possible, to make the Declaration immediately effective against India. Certainly, the words "*à la date*", etc., cannot have been designed to rule out a retrospective interpretation because Portugal had specifically made her Declaration retroactive in her *first* condition. It is equally plain, I submit, that in the third condition the intention behind the words "*qui prendra effet à la date où elle aura été donnée*" was simply to rule out any question of a period of notice so far as possible to make the notification of an exclusion from the Declaration immediately effective. The words merely fix the dating of the instrument of notification and, in our submission, have no reference to the question of retroactivity.

As to the question of retroactivity, our opponents claim that under well-established principles of interpretation no retroactive effect is to be attributed to a notification made under the Portuguese third condition. But, Mr. President and Members of the Court, general principles of interpretation point the other way. It is well established that jurisdictional instruments, whether treaties of arbitration or unilateral declarations under the Optional Clause, in principle extend to antecedent disputes, facts and situations, and that, if it is not desired to give retroactive effect to the instrument, an express limitation *ratione temporis* is necessary. This being so, it would seem logical to treat an exclusion from jurisdiction as having a similar comprehensive scope.

When we are told by our opponents, Mr. President and Members of the Court, that the burden is on us to prove the invalidity of the Portuguese Declaration and that we have not proved it, we are not greatly impressed. The validity or invalidity of the Declaration is not a question of proof, it is a question of interpretation for the Court. India has placed before the Court what she considers to be serious reasons for holding the Declaration to be a nullity. Amongst other reasons, she naturally cited the categoric, spontaneous protest of the Swedish Government in their Note of 23rd February, 1956, refusing to accept the Declaration as a recognition of the Optional Clause. And, when our opponents say that the Swedish Foreign Ministry did not explain its objections to the third condition, they do much less than justice to the officials concerned. What did Sweden say? She said, and I quote:

"The Swedish Government is compelled to state that in its opinion the cited condition—that is the third condition—in reality signifies that Portugal has not bound itself to accept the jurisdiction of the Court with regard to any dispute or any category of disputes."

It goes on:

"This condition nullifies the obligation intended by the wording of Article 36, paragraph 2, of the Statute, where it is said that the recognition of the jurisdiction of the Court shall be 'compulsory *ipso facto*'."

I do not know how Sweden could have said more clearly that she considered the third condition to pass right outside the liberty given to States to make reservations and did not consider the Portuguese Declaration to be a genuine acceptance of the Optional Clause. Whether

Sweden took this view because she understood the Portuguese Declaration to have retroactive effect or because she considered it to be altogether too flexible and illusory or for both reasons seems to be rather an academic point. Both reasons are valid reasons, and the salient fact is that Sweden did regard the Portuguese third condition as "nullifying the obligation intended under the Optional Clause".

I shall add only one further comment on the question of retroactivity. The Court may think that the particular circumstances in which Portugal made her Declaration also point to the correctness of the retroactive interpretation of the third condition. Portugal, it is clear, was in a tremendous hurry to file an Application against India and was unwilling to delay her Application until she had fully considered the question of making reservations. It is, therefore, only natural to suppose that when she inserted the third condition giving herself the extraordinary power of making reservations after the deposit of her Declaration, what she had in mind was a power to redraft afterwards the particular terms of her Declaration—a power to make reservations excluding special categories of disputes from her Declaration *ab initio*.

My final comment in respect to the First Objection, Mr. President and Members of the Court, is on the question of severance, and it need not detain you long. Almost all that our opponents have to say on this question is that the officials who drafted her Declaration did not mean "condition" when they said it. Our distinguished opponents are driven to saying that these officials abused the word "condition". There is common ground between us and our opponents that there was an abuse in the making of the third condition. But, Mr. President and Members of the Court, the abuse was not an abuse of language in the choice of the word "condition". The abuse was of the Optional Clause itself. Of course, the Portuguese third condition was intended to be an essential part of the Declaration and was a condition in the proper sense of the word. I need say no more on that point because the Court will find what, I submit, is a complete refutation of our opponents' contention in the Verbatim Record for the morning of 24th September—pages 31-32. It is true that our opponents also displayed a great deal of learning in expounding the law of severance of contracts in numerous systems of municipal law. But it advanced their case not at all because, as I have said, the Portuguese third condition clearly formed an essential part of her Declaration and, therefore, even according to the principles of municipal law invoked by our opponents was not severable. I need only add that in any event severance in connection with an international jurisdictional instrument could not, in our submission, be so readily allowed as in the case of a municipal contract for the reasons given by Professor Waldock in his argument on the 24th September.

That, Mr. President and Members of the Court, is my reply in regard to the First Objection.

When one turns, Mr. President and Members of the Court, to the Second Objection, one finds that our opponents have lost all their enthusiasm for flexibility and uncertainty which inspired them in their answer to the First Objection. Now, they insist that the Optional Clause system is absolutely rigid and technical in its operation. When an Application has been filed, the Court, so they say, must exclude every single thing from its consideration except the extent of the coincidence of the two Declarations. It is not to give a moment's thought to insuring a

fair and reasonable working of this multilateral system of compulsory jurisdiction or to insuring equality, mutuality and reciprocity of treatment for the Parties to that system. It has to sustain an Application filed on the basis of a Declaration of whose existence neither India, nor any other State nor the Court, had any possibility of knowing.

Mr. President and Members of the Court, our opponents seek to pour scorn on our contention that a State may not validly file an Application until after the elapse of at least such time as may enable Article 36, paragraph 4, of the Statute to have its appropriate effects. The whole of India's fine theory, said Professor Bourquin, rests in the last resort on a lacuna in the Statute. As the Court knows, India's contention by no means rests on a lacuna in the Statute. True, there is no specific provision covering the point in the Statute, but India's contention rests on Article 36, paragraph 4, of the Statute and on general principles of treaty law. And I rather doubt whether our learned opponent is himself in much of a position to jest about a lacuna in the Statute. The liberty of a State to make reservations, which plays so large a part in his argument on the First Objection—was that expressly provided for in the Statute? By no means. As is well known, Great Britain's first Declaration was deferred because she had strong doubts about reservations being permissible under the Statute, and it was only after the passing of the Resolution of the League Assembly, to which I have already referred, that these doubts were removed. In short, as was expressly recorded at the San Francisco Conference in 1945, the right to make reservations to Declarations under the Optional Clause came to be recognized only as a result of interpretation.

If the question of interpretation with which the Court is now concerned—the question whether a Declaration can be invoked against another State without allowing Article 36, paragraph 4, of the Statute to have its appropriate effects—has never received consideration before, we and our opponents and the Court know the reason. Until this case, no State had filed an Application before months and years had elapsed after the making of its Declaration. Until this case, so far as I am aware, no State had filed an Application before the text of its Declaration had been both communicated to other States and published in the Year Book of the Court. In this case, Mr. President and Members of the Court, we have an interval—if you can call it such—of three days, and the Court and every other Party to the Statute are in complete ignorance of the Declaration. It is, therefore, no wonder that in this case, for the first time, attention has been sharply focussed on the time factor in the operation of a Declaration against other Parties to the Optional Clause and on the significance in this connection of Article 36, paragraph 4, of the Statute.

Our opponents have relied—and we, of course, make no complaint of that—on a passage in Professor Waldock's article on the *Decline of the Optional Clause* where he referred to the possibility of a State, party to the Statute of the Court, making a Declaration, depositing it with the Secretary-General and filing an Application all in one day. The passage is on page 280 of Volume 32 of the *British Year Book* and comes in Section 8, where Professor Waldock was drawing attention to the undesirable advantages given to a State, which is a Party to the Statute but which has not subscribed to the Optional Clause. He emphasized, and; in my submission, rightly emphasized, that such a State might

seek to abuse the Optional Clause by filing an Application almost simultaneously with its Declaration. He was stressing the general weakness of the Statute in allowing States to remain immune on the side-lines until they saw advantage in entering the Optional Clause system for the purpose of suddenly attacking and existing Party to the Optional Clause. The article dealt with a number of other problems in connection with the Optional Clause, and in Section 8 Professor Waldock was discussing only the major point of the general advantage given to the State which is outside the Optional Clause. He did not address himself at all to the lesser question of the application of Article 36, paragraph 4, of the Statute.

In any event, Mr. President and Members of the Court, it surely is the common experience of all of us, whether on the Bench or at the Bar, that a treaty or a statute or a rule of law, when a concrete case arises, may present a new aspect—raise a new problem which has not been properly explored before. So it has been in this case. It took the lightning action of Portugal—the three-day action of Portugal in this case—to focus the attention of all of us for the first time on this particular aspect of the Optional Clause and on the significance of Article 36, paragraph 4, of the Statute. And, if Members of the Court have read Professor Waldock's article, they will, I am sure, have appreciated that his criticisms of the Statute in regard to the position of the State which remains outside the Optional Clause provides the strongest reason for adopting the interpretation of Article 36, paragraph 4, which India has put forward in the present case.

At any rate, Mr. President and Members of the Court, Portugal's hasty action has focussed attention on the legitimacy or otherwise of filing an Application without allowing time for the Secretary-General to carry out his duties under Article 36, paragraph 4, and the question is now before the Court for decision. Our opponents argue that paragraph 4 simply lays an obligation on the Secretary-General, does not in any way concern other Parties to the Optional Clause, and does not in any way affect the entry into force of Declarations. Of course, we do not say that paragraph 4 *expressly* lays any obligation or *expressly* confers any right on Parties to the Optional Clause. That is not the point. We say that you must look at the general purpose of the Optional Clause—the establishment of reciprocal rights and obligations between States in regard to the compulsory adjudication of legal disputes. And we say that, in the light of that general purpose, you must consider the particular purpose of paragraph 4—the particular purpose of the obligation laid upon the Secretary-General to communicate Declarations to the Court and to other Parties to the Statute. Clearly, the purpose of communicating the text of a Declaration to other States is not simply for information but that they may know their rights and obligations under the Declaration and act accordingly. To maintain, as Professor Bourquin did, that the obligation laid upon the Secretary-General does not concern other States which have made Declarations, seems to us to be not very credible.

What we maintain is that, from the reciprocal nature of the obligation to accept jurisdiction, which is expressly stated in paragraph 2 of Article 36, and from the Secretary-General's obligation to communicate Declarations, which is expressly stated in paragraph 4, there is to be implied a clear recognition of the two-way operation of the juridical bond

between a new Party to the Optional Clause and the existing Parties. And it follows, we maintain, that a new Party was not contemplated as having the right to put the Optional Clause jurisdiction into operation against existing Parties before he had at least allowed such a brief period of time to elapse as, in the normal course of events, would enable the Secretary-General's communication to be made to them and have its appropriate effects.

Our opponents have tried to counter our argument by indicating two ways in which they say that the principle that we advocate either will not or does not work in practice. Their first point is that if, for the proper working of the system, Declarations must be communicated to other Parties to the Optional Clause, it is equally necessary for the receipt of Declarations by those other Parties to be acknowledged, and no provision at all, it is said, is made for that in Article 36. I really think, Mr. President and Members of the Court, that this point was completely disposed of in our argument at the afternoon session of the 24th September (Verbatim Record, p. 38). Truth to tell, Mr. President and Members of the Court, there is no point to answer because we concede that, when the brief period necessary for Article 36, paragraph 4, to have its intended effects has elapsed, the Optional Clause jurisdiction comes into full force for a new adherent to the Clause. I may perhaps, however, be allowed to add that the point taken by our opponents could equally be taken with reference to an adherence to a multilateral convention which is made subject to reservations. Yet it has never been suggested that special provision must be made in multilateral conventions for parties to the conventions to acknowledge receipt of conditional adherences. In short, Mr. President and Members of the Court, this criticism of our proposition has absolutely nothing in it at all.

Our opponents' other criticism of the principle which we advocate is, I think, a new one. But, if it has the merit of being new, it is equally without any substance. If, say our opponents, it is necessary to allow time for Article 36, paragraph 4, to have its appropriate effects in regard to the making of a Declaration, the same principle must, they say, logically be applied to the cancellation of a Declaration. And then they point in triumph to India's notice of termination of 8th February, 1957, which says that it is to take effect immediately. There is an English saying, Mr. President and Members of the Court, that what is sauce for the goose is also sauce for the gander. India does not contest for a moment that the principle which she advocates may also, in a proper case, be applicable to a notice of cancellation. Indeed, it seems desirable that it should be, if ever a case should arise when an Application has been filed, *bona fide*, in ignorance of the cancellation, and before there was any possibility of the notice being communicated by the Secretary-General. That does not, however, mean that a State which intends its notice to cancel its Declaration immediately, without any intervening period of six or twelve months' notice, will not still find it useful to insert a clause to that effect in words similar to those found in the Portuguese third condition and in India's notice of last February.

Mr. President and Members of the Court, our opponents have contended that adherence to the Optional Clause is like an accession to a multilateral treaty which contains a clause providing for accessions. And they say that, in principle, an accession to such a treaty enters into full force without the need for any communication to the parties to the convention.

My first comment on this contention is that the *Optional Clause* is not a convention which provides simply for the deposit of the instrument of accession with the custodian of the convention—in this case, the Secretary-General of the United Nations. The *Optional Clause* also provides for the transmission of the instruments of accession to the other parties to the convention.

My second comment is that whether or not an instrument of accession is to be immediately effective to bring the convention into full force between the acceding State and existing parties must always be a question of the intention of those who first established the convention. Some multilateral conventions provide that new accessions shall not be effective until after a stated period of time. In some cases, when no such specific provision is made concerning the entry into force of accessions, it may be proper to infer that the accession is to apply with full force immediately. But in every case, as I said, the question is one of intention and, in determining the intention of the parties, regard must always be had to the particular nature and provisions of the convention under consideration.

The *Optional Clause*, although it is in essence a multilateral convention, is a very special one. The reciprocal rights and obligations of the parties are set out in the convention itself only to a very limited extent. The subject-matter and the terms and conditions of the agreement between the parties to the convention depend, in a unique measure, on the particular provisions of the instrument of accession of each individual party to the convention. Moreover, the *Optional Clause*, although a multilateral instrument, sets up between any two parties to it relations which, to a much greater degree than in any other convention, are bilateral in character. For these reasons it is, in our submission, absolutely imperative to treat the question of communication of Declarations to the parties as a question of substance. For these reasons also, in our submission, it would be quite wrong and entirely inconsistent with the nature and purpose of the *Optional Clause* to infer from the absence of any specific provision about the entry into force of Declarations that it was intended to allow a new adherent to the Clause to invoke it against other parties without allowing time for Article 36, paragraph 4, of the Statute to be put into effect.

Perhaps, Mr. President and Members of the Court, I may be allowed to make one further comment of a general nature on our opponents' arguments on this Objection, and these comments apply equally to their arguments on the First and Fourth Objections. They seem to us always to look at the *Optional Clause* through the spectacles of a State making a new Declaration. But a new Declaration by itself has virtually no meaning. It only has meaning in combination with the Declarations of the existing Parties to the Clause. Our opponents decline to recognize that those States which have previously subscribed to the *Optional Clause* are, to say the least, entitled in full measure to equality, mutuality and reciprocity of treatment in their relations with the newly-joined State. Our opponents decline to admit that the previous subscribers are even entitled to be told of the terms of the new bilateral treaty of judicial settlement by which each one of them is now linked with the newly-joined State, before that treaty is applied against them. If this really is how the *Optional Clause* system works, Mr. President and Members of the Court, can it really be said to have much to do with what ordinary

people, or with what lawyers, conceive to be the principles of equality, mutuality and reciprocity?

Those, Mr. President and Members of the Court, are my submissions in reply to our opponents' arguments on the Second Objection.

[Public hearing of 7 October 1957, morning]

To-day, Mr. President and Members of the Court, I shall begin by replying to our opponents' arguments on the Fourth Objection, the last Objection concerned specifically with the working of the Optional Clause. Here our complaint is that the immediate filing of the Application was an infringement of India's right to full and equal reciprocity with Portugal in regard to the third condition in Portugal's Declaration. The short point before the Court is whether it was permissible for Portugal under the Optional Clause to try and seise the Court of a case against India before India had any possibility of knowing of the reciprocal right accruing to her under the third condition or of exercising it.

India's case on this point was put to the Court by Professor Waldock on the 25th September—Verbatim Record, pages 41-50. After having heard our opponents' arguments it seems plain to us now that the sole substantial issue for the Court is whether to accept Portugal's narrow concept of a reciprocity which only functions in respect of a case which has already been brought before the Court or India's liberal concept of a reciprocity which applies generally to all obligations and rights arising from Declarations under the Optional Clause. In my speech to-day I propose to address you primarily on this issue. I must first, however, make a few brief comments upon three false points which our opponents have introduced in order to confuse the main issue where their position is decidedly vulnerable.

The first false point, Mr. President and Members of the Court, is a statement that by lodging this Objection India implicitly recognized that the third condition does not have any retroactive effects—see Verbatim Record, page 159. I need only refer the Court to Professor Waldock's argument on page 44 of the Verbatim Record, where in the most explicit terms he put this Objection to the Court on the basis of both a retroactive and non-retroactive interpretation of the third condition. In raising this point, therefore, our opponents are not really assisting the Court.

The second false point, Mr. President and Members of the Court, is the repeated suggestion of our opponents that there is something wrong with our case on this Objection because of a supposed contradiction between it and the Second Objection on the point whether Portugal should have waited until India had actually obtained knowledge of the third condition. But our opponents try to press the question of knowledge further by stressing that our concept of reciprocity requires that India should not only have received notice of the third condition but have had an opportunity to consider whether she would invoke it reciprocally. In colloquial language, Mr. President, my answer to that argument is: And so what? Maybe, in another case the Court may one day have to determine whether a further brief period ought also to be allowed for considering a subjective condition or reservation like the one now before the Court. But, as Professor Waldock said in his argument on the Second Objection—Verbatim Record, page 40—the Court is not now

called on to determine the furthest limits of the principle. It is dealing with a most flagrant case which would fall well within the narrowest possible view of the principle—no possibility of India having had notice of the third condition; no possibility of India considering her reciprocal right; a clear and deliberate disregard of her reciprocal right.

Because this is so flagrant a case, the principle for which we contend in the Second Objection is fully sufficient to cover what we contend for in this Objection. Accordingly, there is no contradiction between our positions on the two Objections. But, as Professor Waldo pointed out, this Objection has a particular basis distinct from that of the Second Objection—namely, India's right to invoke Portugal's condition. It would not, therefore, be at all surprising if in connection with the Fourth Objection the application of the principle went a little beyond its application in the Second Objection.

In any event, Mr. President and Members of the Court, if I may borrow for a moment Professor Bourquin's favourite adjective, our opponents' argument really is rather audacious. They are trying to dissuade the Court from applying a principle obviously appropriate to the present case by suggesting that its application in other cases may be a complicated question. But, Mr. President and Members of the Court, this problem has never arisen before and it is only Portugal's unprecedented form of condition and Portugal's unprecedented filing of a lightning Application which raised it. If the Court upholds our Fourth Objection in the present case, it is unlikely that it will have to consider the problem again.

The third false point, Mr. President, is the argument—on page 165 of the Verbatim Record—that the Court ought not to entertain this Objection because India's Declaration of February, 1940, was terminable upon notice and she was, therefore, always in a position to withdraw the present case from the Optional Clause. On pages 161, 162 and 163 of the Verbatim Record for the 2nd October, the Court will find Professor Bourquin arguing strenuously that in applying the principle of reciprocity the Court is never to take into account what a defendant Party might have done before the filing of the Application to exclude the dispute from its acceptance of the Optional Clause. Yet only three pages later—on page 164—you will find him arguing equally strenuously that the Court should take into account what India might have done under her power to terminate without notice. Is that not just a little audacious? We think so. But we do not rest only on the glaring inconsistency in the argument. The question before the Court in this Objection is India's right to reciprocity in regard to Portugal's third condition and no other question. And, Mr. President and Members of the Court, the termination of a Declaration altogether *vis-à-vis* all other Parties to the Clause is legally and diplomatically quite a different thing from the exclusion of a particular category of disputes from a Declaration *vis-à-vis* one State alone.

Mr. President and Members of the Court, I shall now turn to the one substantial point which is before the Court in this Objection, namely how, in fact, does the condition of reciprocity in the Optional Clause apply to Portugal's third condition? The Court will find our opponents' argument on the point, as developed by Professor Bourquin, in the Verbatim Record, pages 161-164, and it hinges on two main propositions. First, the only reciprocity in question, under paragraph 2 of Article 36 of

the Statute, relates to the extent of the obligations binding on two States actually engaged in litigation in a particular case. Secondly, the question of jurisdiction, which the Court is called on to determine under paragraph 6 of Article 36 of the Statute, relates only to the juridical situation which exists at the date of the filing of an Application. On the basis of these two main propositions, our opponents conclude that it is not open to the Court to apply the condition of reciprocity in the Optional Clause to the juridical position between India and Portugal before the filing of the Application. The second proposition, concerning the Court's power under paragraph 6 to decide disputed questions of jurisdiction, is, I submit, completely neutral and can at once be left out of consideration. Professor Waldock has already pointed out that to speak, as our opponents do, of the Court's power being limited to deciding in accordance with the juridical situation existing at the date of the filing of the Application completely begs the question of jurisdiction now before the Court.

The juridical situation before the Court on the 22nd December, 1955, consisted of the following elements: (1) India's previous Declaration entitling her to reciprocity in relation to any new Party to the Optional Clause; (2) Portugal's very recent Declaration containing a power of revision exercisable at any moment; and, (3) the filing of the Application before India had any possibility of knowing of the power of revision claimed by Portugal. That was the juridical situation when the Application was filed, and it raises a question of jurisdiction, which the Court is fully empowered to decide under paragraph 6 of Article 36, namely, whether an Application filed in such circumstances is irregular under paragraph 2 of the same Article and, as such, is insufficient to confer jurisdiction on the Court.

Accordingly, Mr. President and Members of the Court, no matter how much our opponents may try to complicate it, the decision of this Objection does ultimately resolve itself into the comparatively simple question—are our opponents right to limit the condition of reciprocity to determining the scope of the legal bond between the Parties at the date of the filing of the Application, or are we right to apply it generally to the legal bond existing between the Parties as a result of their common acceptance of the Optional Clause?

Our opponents say that, if you look at the cases—the *Phosphates in Morocco* case, the *Electricity Company of Sofia* case and the *Norwegian Loans* case—you will see that in all of them the condition of reciprocity was applied only with reference to the extent of the obligation binding the Parties to each case when it was brought before the Court. Well, Mr. President and Members of the Court, let us look first at the two older cases. In both these cases, the clause in question was a specific limitation of one of the Declarations *ratione temporis*. A limitation *ratione temporis* of the disputes covered by a Declaration is not a variable but is a fixed limitation of the scope of the Declaration. The condition of reciprocity produces exactly the same result whether you apply it at the very first moment of the making of the Declaration or some time later when an Application is filed. Accordingly, in these two cases the Permanent Court simply had no occasion at all to examine the condition of reciprocity from the point of view now put forward by our opponents. Nor did the Court do so, Mr. President and Members of the Court. It said not one word to suggest that it considered the operation

of the condition of reciprocity to be limited to the juridical situation as at the date of the filing of an Application. Quite the contrary, Mr. President and Members of the Court. The Permanent Court used the most general language concerning the operation of the condition of reciprocity in both cases.

Thus, in the *Phosphates in Morocco* case, the Permanent Court said (I quote):

“This Declaration does not contain the limitation that appears in the French Declaration concerning the situations or facts with regard to which the dispute arose; nevertheless, as a consequence of the condition of reciprocity stipulated in paragraph 2 of Article 36 of the Statute of the Court, it is recognized that this limitation holds good as between the Parties.”

Similarly, in the *Electricity Company of Sofia* case, the Permanent Court said (I quote):

“Although this limitation does not appear in the Bulgarian Government’s own Declaration, it is common ground that, in consequence of the condition of reciprocity laid down in paragraph 2 of Article 36 of the Court’s Statute and repeated in the Bulgarian Declaration, it is applicable as between the Parties.”

The expressions used are “holds good as between the Parties”, “is applicable as between the Parties”. In the light of this kind of language, how can our opponents suggest, Mr. President and Members of the Court, that the condition of reciprocity was viewed by the Permanent Court as applying *exclusively* to the juridical situation as at the date of the Application?

As for the *Norwegian Loans* case, this was fully examined and analysed by Professor Waldock in his argument on the 25th September—Verbatim Record, pages 42-44. He showed that the two points in the decision of that case are significant for the decision of the present case. First, the Court held that, in accordance with the condition of reciprocity, Norway was entitled, equally with France, under the same conditions as France, to invoke the reservation in France’s Declaration. Here again, Mr. President and Members of the Court, the Court referred to the operation of the condition of reciprocity in the most general terms, which are entirely in line with the language used by the Permanent Court. The condition of reciprocity simply operated to make the reservation in France’s Declaration applicable, so says the Court, *as between both Parties*. And Professor Waldock’s second point was that in the *Loans* case the Court did not look exclusively at the juridical situation as it existed at the date of the filing of the Application. It also took into account Norway’s subsequent act, in pursuance of her reciprocal right, to invoke the French reservation, by which she determined the dispute to be essentially within her national jurisdiction and therefore to be excluded from her Declaration *vis-à-vis* France.

Our opponents say that we misunderstood the *Loans* case, and that there again the Court was strictly limiting the operation of the condition of reciprocity to the juridical situation at the commencement of the particular suit before the Court. They also say that it is quite wrong to think of the Court having given any kind of retroactive effect to Norway’s subsequent “determination” of the domestic character of the dispute.

No doubt, Mr. President and Members of the Court, one could work up a nice academic controversy as to precisely how far it may be correct to speak of Norway's subsequent determination having retroactive effect. But it would be entirely academic for the present purpose. All that we rely on is the fact that in the *Loans* case the Court did take account, in a very important way, of Norway's subsequent "determination" of the nature of the dispute and did not look exclusively at the legal elements of the jurisdictional situation between the Parties at the date of the filing of the Application. In addition, we stress that there is not the slightest trace in the Judgment of the Court that it regarded the condition of reciprocity as being limited to determining the scope of the obligation at the moment of the filing of the Application. On the contrary, Mr. President and Members of the Court, the Judgment spoke simply of Norway having the right, *equally* with France, *dans les mêmes conditions que la France*, to invoke the French reservation. This language, I respectfully submit, strongly supports our view of the condition of reciprocity as applying generally in the working of the jurisdictional agreement between the Parties.

I cannot forbear to point out, Mr. President and Members of the Court, how very bold, really, is this argument of our opponents based on the three cases which I have just examined. The reservations *ratione temporis*, which were in question in the *Phosphates* case and in the *Electricity Company of Sofia* case, were fixed, objective reservations, settling the scope of the obligation between the Parties once and for all. The other Party concerned had no interest, and could have no interest, in invoking the condition of reciprocity before the Court except directly in relation to the subject-matter of the litigation. Again, in the *Norwegian Loans* case, although the reservation did not finally fix its possible scope but left it to be fixed by a later subjective determination, the reservation was capable of being invoked with reference to a particular case after the proceedings had been instituted, and the other Party had no interest in invoking the condition before the Application had been filed. The Portuguese third condition, on the other hand, even as it is interpreted by Portugal, is entirely indeterminate and subjective and is incapable of affecting a particular dispute, unless it has been invoked and applied beforehand. The Portuguese condition is not an actual reservation; it is an unrestricted power to make reservations. Portugal claims the right always to exercise that power but denies any reciprocal right to the other Party. All that Portugal offers to the other Party is a right, after Portugal has unilaterally revised her Declaration under the third condition, to invoke the condition of reciprocity in respect of the revised terms of the Declaration.

Portugal, therefore, has invented a condition which the other Party cannot invoke equally with and under the same conditions as Portugal. According to Portugal, India is not to have reciprocity with Portugal in regard to the third condition itself. She is only to have reciprocity with Portugal in regard to something which Portugal may or may not do tomorrow, or next year, or in five years' time. The very fact that, according to Portugal's theory, the condition of reciprocity stipulated in the Optional Clause cannot apply to the third condition as such shows plainly, in our submission, that either the third condition is incompatible with the Optional Clause or that the Portuguese theory of reciprocity is wholly misconceived. As the Court knows, India both

considers that the third condition is incompatible with the Optional Clause and that, in any event, the Portuguese theory of reciprocity is misconceived.

The last point with which I want to deal on this Objection, Mr. President and Members of the Court, is Professor Bourquin's attempt to dissuade the Court from applying the condition of reciprocity to the Portuguese third condition because of the complication of the Optional Clause system to which it might lead. Professor Bourquin illustrated the point by reference to clauses providing for the termination of Declarations. I hope that Professor Bourquin will forgive me if I suggest that in using these illustrations he was perhaps inspired by Professor Waldock's treatment of the question of reciprocity in relation to escape clauses in Section 7 of his article in the 1955-1956 volume of the *British Year Book*. After giving examples of possible cases of States reciprocally invoking the time-limits in another State's Declaration, Professor Bourquin remarked that a development of that kind would weaken the optional system considerably and hasten that decline of the system which Professor Waldock so justly deplored in his article. I am sure, Mr. President and Members of the Court, that Professor Bourquin was not meaning in any way to imply that Professor Waldock also thought that it was undesirable to apply the condition of reciprocity to time-limits or to the Portuguese third condition by reason of any resulting complication of the Optional Clause system. Professor Bourquin's remark does, however, make it necessary for me to emphasize that Professor Waldock's conclusion was directly the opposite. In one passage he wrote, and I quote:

"In the light of its interpretation of the condition of reciprocity in regard to reservations, the Court, it is believed, must hold that under the Optional Clause each State, with respect to any other State, has the same right to terminate its acceptance of compulsory jurisdiction as is possessed by that other State."

And in concluding the section, Professor Waldock further wrote, and I quote:

"To allow a State, on the grounds of reciprocity in regard to time-limits, the right to terminate its obligations under the Optional Clause with reference only to a particular State or States may add to the complexity of the Optional Clause system. To refuse it such a right would, however, be to establish a gross inequality between States in regard to the termination of their obligations under the Optional Clause."

In point of fact, Mr. President and Members of the Court, the application of the condition of reciprocity to time-limits and other escape clauses is more likely to strengthen than weaken the Optional Clause system. When a time-limit or a clause like the Portuguese third condition is seen to work both ways, its insertion in a Declaration will be less attractive.

In conclusion, Mr. President and Members of the Court, let me present to you just one simple, obvious example of what the Portuguese theory of reciprocity means in practice. Let us place the Portuguese Declaration side by side with the Declaration of Sweden—of Sweden who objected to Portugal's Declaration as a travesty of an acceptance of compulsory

jurisdiction. Sweden's Declaration is for five years starting from 6th April, 1957, and it will continue for a further period of five years unless terminated by a notice given six months before the expiry of the five year period. The Declaration is without any reservations at all. Portugal's Declaration, twelve months having elapsed, is now both terminable without any notice and also open to revision by Portugal at any moment and to any extent. According to the Portuguese theory of reciprocity under the Optional Clause, Portugal may at any moment terminate or vary her Declaration as against Sweden. But Sweden may never, never, never terminate or vary her obligations under the Optional Clause as against Portugal.

Is that reciprocity, Mr. President? Or is it, in the words used by Professor Waldock in the article quoted by our opponents, "*a gross inequality between States in regard to the termination of their obligations under the Optional Clause*"?

I have now completed my arguments, Mr. President and Members of the Court, on the three Objections which relate to the working of the Optional Clause and which arise from the unprecedented action of Portugal in both making her Declaration continuously subject to revision and in filing an Application against India almost simultaneously. The points submitted for the Court's decision in these three Objections are of considerable importance not only for the working of the Optional Clause system as it is to-day but also for the future development of State practice in the drafting of new Declarations. If the Court were to accept the Portuguese contention on the First Objection, States would be encouraged to adopt a new provision which directly threatens to undermine the compulsory jurisdiction intended to be established by the Optional Clause. If the Court were to accept the Portuguese view on the Second Objection, the fears of States hesitant whether or not to adhere to the Optional Clause would be much increased. If the Court were to uphold the Portuguese view of both the First and the Fourth Objections, the only way in which States could place themselves on terms of equality with Portugal under the Optional Clause would be to adopt Portugal's third condition in their own Declarations with undesirable effects on the Optional Clause system of compulsory jurisdiction. The acceptance of Portugal's view on the Fourth Objection would alone have the consequences that States could not put themselves on terms of equality with a State whose Declaration is immediately terminable on notice to the Secretary-General unless they were to adopt the same formula of termination.

Those, Mr. President and Members of the Court, are some of the important issues before the Court in deciding these Objections, and every State will be guided by your decisions in the framing of their future Declarations.

Mr. President and Members of the Court, I shall now reply to the speech of learned Counsel for Portugal on our Third Objection, the Objection relating to the pre-requisite of diplomatic negotiation.

Our opponents say that in the absence of a treaty provision, there is no obligation to have recourse to diplomatic negotiation before resorting to international adjudication. They say that a State which contemplates recourse to the compulsory jurisdiction of the Court is not obliged to make, in the first place, an attempt to settle a legal dispute by diplomatic negotiation. They further say that it is sufficient that there should be

a dispute, an opposition of points of view, a divergence of opinion—a divergence which may show itself in one form or another. They also say that even in cases where the requirement of prior diplomatic negotiation is expressly provided in a treaty clause, the negotiation need not be prolonged, its adequacy being a matter to be determined by reference to the circumstances of each case, and that the requirement must be regarded as fulfilled as soon as the negotiation has reached a point of deadlock.

Mr. President and Members of the Court, we agree that it is a matter to be determined on the facts of each case whether diplomatic negotiations have been pursued to a sufficient degree or not. We also agree that these negotiations must have reached a point of deadlock, to use the language used by our learned opponents.

But we further submit that it is also the purpose of diplomatic negotiations to determine the existence of a dispute and to place on record the nature of that dispute. Our opponents seem to take much the same view when they say that there must be a dispute and that diplomatic negotiations must serve to record that dispute. Our opponents could not deny that there are to be found in the jurisprudence of the Court certain observations which indicate that the existence of certain features is necessary before a dispute can be brought before the Court. More is needed than the mere record of a divergence of opinion. In the case of the *Interpretation of the Peace Treaties* the Court, after considering whether it was really confronted with a dispute, wanted to be satisfied that the dispute fell in the category of the disputes that were submitted to its jurisdiction by the treaties. The Court wanted to know whether a dispute, which had been found to exist, was a *justiciable* one. Thus it is not enough that a dispute should have arisen between the Parties and that there should have been a divergence of opinion: the dispute must be *justiciable*. Applying that to the present case, where it is claimed that the jurisdiction of the Court is based on Article 36, paragraph 2, of the Statute, the dispute must be shown to be of a *legal* nature.

This requirement is laid down expressly in Article 36, paragraph 2, of the Statute: only *legal* disputes may be submitted to the Court. It is not enough that there should be a *case* as stated in the first paragraph of Article 36, or a *matter* "specially provided for in the Charter of the United Nations or in Treaties and Conventions in force". In contrast to Article 36, paragraph 1, which refers to the voluntary jurisdiction of the Court, Article 36, paragraph 2, which relates to compulsory jurisdiction, presupposes a *legal* dispute.

Mr. President and Members of the Court, is it possible, as our opponents seem to suggest, that a dispute, a *legal* dispute, could be said to exist when there has been no definition of that dispute, when there has been no exchange of views, no prior discussion, in short, no resort to what is properly termed diplomatic negotiation?

On this subject our opponents start with the concept of a dispute as laid down by the Permanent Court in the *Mavrommatis* case. I quote: "A dispute", said the Permanent Court in its Judgment of 30th August, 1924, "is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons." This definition of a "dispute" is certainly very wide, for it applies both to legal as well as political disputes. But even this broad definition presupposes that a disagreement should have become apparent on some point of fact or law before it

could form the subject of international adjudication. In other words, the definition implies a discussion between the Parties on the subject-matter of the dispute. An exchange of views, and a rather full exchange of views, is still more necessary when the dispute is a legal one—such as would be covered by Article 36, paragraph 2, of the Statute. Disputes of a legal character differ from non-legal disputes in that their subject-matter is a legal claim coming under one of the categories listed in the second part of paragraph 2 of Article 36 of the Statute. The application of paragraph 2 of Article 36 presupposes a divergence between the Parties, a difference of opinion between the Parties, as to the application or interpretation of a rule of *law*. There must be on this point a "difference of opinion", or, to use the language of the Treaties of Locarno and of the General Act of 1928, the applicant Party must put forward in the proceedings a *legal claim*, which is contested. That can only mean that there must have been prior negotiations on the contested point, whether the treaty on which jurisdiction is based does or does not require a prior resort to diplomatic negotiation.

If what I have stated is correct, it follows that prior negotiations is an indispensable condition of resort to international adjudication. The term "dispute", in the particular use made of it in Article 36, paragraph 2, of the Statute has a technical meaning. This appears from the jurisprudence of this Court. Thus, in the *Asylum* case (*Reports 1950*, p. 403), this Court defined a "dispute" as a divergence of views on definite points. For these reasons, I submit that it is not necessary that the requirement of prior diplomatic negotiation should find an express mention in a treaty providing for international adjudication. In the absence of an express mention it would still be a matter for examination how far, if at all, that requirement has been met.

Mr. President and Members of the Court, the question whether there have been negotiations which have made it possible to determine and define the dispute arises, therefore, as soon as a matter has been submitted to international adjudication by unilateral application, that is, under the Optional Clause. This opinion is shared by Mr. Rosenne in a book he has recently published on "*The International Court of Justice*" (Leyden, 1957). At page 361 of this book, Mr. Rosenne states:

"That Article 36 (2) of the Statute is an element of the title of jurisdiction, that is, where the proceedings are instituted by application in reliance on the declarations accepting the compulsory jurisdiction, it is inherent in the conception of 'dispute'—and Article 36 (2) only relates to disputes (see page 307 above)—that some diplomatic negotiations had preceded the institution of proceedings, otherwise there will be difficulty in establishing the existence of a dispute."

And he continues—I make a further quotation—that,

"Where Article 36 (1) of the Statute—which refers to any case or matter—is an element in the title of jurisdiction it is theoretically possible to conceive the institution of proceedings by application without there having been antecedent diplomatic negotiations. In fact, however, the other elements of the title of jurisdiction will, in most instances, make previous diplomatic negotiations essential, either (as in the case of most compromissory clauses of multilateral

agreements) by referring specifically to 'disputes', or by including a condition as to previous diplomatic negotiations in as many words. In several of its recent judgments the Court has pointed out that the proceedings had been instituted after the failure of diplomatic negotiations, as, for example, *Asylum* case, 1950, p. 273, *Haya de la Torre* case, 1951, pp. 77-78, *Fisheries* case, *ibid.*, p. 124; and, in the *Anglo-Iranian Oil Co.* and *U.S. Nationals in Morocco* cases it specifically referred, in the course of its judgments, to the existence of disputes."

There ends the quotation from Mr. Rosenne.

Mr. President and Members of the Court, our opponents may contend that there have been cases where the Court did not consider that diplomatic negotiations were necessary in order to determine the existence of a dispute—namely, the case relating to *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*, Series A, No. 6, and the case of the *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8*, Series A, No. 13. Our answer to such a contention would be that in those cases the subject of the dispute was already clearly indicated in the treaty which formed the basis of the Court's jurisdiction, so that a unilateral reference to the provisions of the treaty was sufficient to define the nature and subject-matter of the dispute. The position, however, is entirely different when the jurisdiction of the Court is said to be based on a general clause, such as paragraph 2 of Article 36 of the Statute, and according to which only "legal disputes" have been rendered justiciable. In such cases it must be proved in the first instance that a dispute existed between the Parties at the time of the Application and that it existed as a justiciable dispute. As I have said before, Mr. President and Members of the Court, only prior diplomatic negotiations could enable this point to be determined. It was on this ground that in the case of the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria* (Series A/B, No. 77), where the jurisdiction of the Court was based on a general treaty of adjudication, the Permanent Court accepted the objection of inadmissibility submitted by Bulgaria in relation to those submissions of Belgium which had never been the subject of diplomatic negotiations. Although the Bulgarian Government had relied in that case on Article 1 of the Treaty between Belgium and Bulgaria, which expressly provided for diplomatic negotiations prior to judicial proceedings, the Court, in this case as in others, pronounced its decision in general terms and was content to find that the existence of a dispute at the time of the filing of the Application had not been established.

In the case of the *Serbian Loans* (Series A, No. 20, p. 18), the question was whether there was a dispute between a government and bondholders. The question, therefore, was different from that with which we are now concerned; but the Court held that diplomatic negotiations had taken place, the Yugoslav contention had not been accepted by France, and there was, therefore, a difference of view between the two States. In that case too, therefore, there were diplomatic negotiations which had defined the opposing positions, although these had already been previously crystallized in the negotiations between the Yugoslav Government and the bearers of the bonds.

It is therefore submitted, Mr. President and Members of the Court, that the question which in practice arises in every case in which the jurisdiction of the Court rests upon Article 36, paragraph 2, of the

Statute, is the question whether, before the filing of the Application, negotiations sufficient to define the subject of the dispute have taken place. It is thus clear that in the present case the minimum of negotiations indispensable to determine, define and specify the subject of the dispute is wanting. This is so, whether it be or be not admitted that diplomatic negotiations ought to have been exhausted, or pursued to the point of a deadlock. I advisedly use the word "indispensable", because even now we do not know the exact subject-matter of the dispute. The conclusions in the Memorial contemplate a "right of passage", an absolutely general and undefined right (Portuguese Memorial, p. 33). In their Observations and Conclusions, the Portuguese Government have modified this claim. They give up the element which, in their opinion, would amount to an infringement of territorial sovereignty, and claim the alleged right of passage without immunity (Observations and Conclusions, para. 141).

In the argument which we heard on Monday, 30th September, Counsel for Portugal used a new formula. He denied that Portugal had ever laid claim to a right of passage to the enclaves with *full* immunity (Verbatim Record, p. 107). There could be no clearer demonstration of the fact that the minimum amount of negotiation, which was necessary to define the subject-matter of the dispute, did not take place.

We go further. The negotiations which did take place—for there was some exchange of diplomatic correspondence—were on a subject different from that mentioned in the conclusions put forward by Portugal in the present proceedings. In this connection, it is necessary once more to glance rapidly at the diplomatic notes which my distinguished opponent has mentioned.

Annexes 32 and 33 to the Portuguese Memorial do not refer at all to a right of passage. The object of the Portuguese Note of the 24th July, 1954 (Annex 50 to the Portuguese Memorial), is "the grant of the necessary transit facilities" to allow Portuguese troops to restore order at Dadra. Likewise, the object of the Portuguese Note of the 26th July, 1954 (Portuguese Memorial, Annex 51), is, and I quote, "the immediate concession of a transit authorization" for a limited number of delegates of the Portuguese Government on their way to Nagar-Aveli. In their answer of the 28th July, 1954 (Portuguese Memorial, Annex 52), the Government of India reject the demand for transit of Portuguese troops, but do so in answer to a claim by the Portuguese Government of a political kind. Permission for the delegates to pass was thus refused for reasons of expediency, and not within the setting of a justiciable dispute. This interpretation is confirmed by the Portuguese Note of the 13th August, 1954 (Annex 6 to Observations and Conclusions), which our distinguished opponent mentioned (Verbatim Record, p. 121). The reference there is to negotiations which it would be, and I quote, "possible and advisable to open", but without any definition of the subject of these negotiations. The condition accompanying the proposal of negotiations relates to facilities for passage for the restoration of order in the enclaves; that is, it relates to one particular state of affairs. As for the Portuguese Note of the 6th September, 1954 (Annex 53, Portuguese Memorial), a careful reading of it reveals that, apart from the request for permission for the passage of foreign observers, it deals with the international responsibility which, *it is alleged*, India would incur by a refusal to co-operate with Portugal in the re-establishment of Portuguese authority in the enclaves.

To sum up, it appears that nowhere has Portugal ever claimed such a general right of passage as forms the subject of the Portuguese conclusions. It is possible that the question in issue might have been formulated if Portugal had accepted the suggestion, repeated by India in her Note of the 10th September, 1954 (Annex 54 to the Portuguese Memorial), that negotiations be undertaken. It was not India that closed the door. The door was closed by Portugal who failed to respond to the suggestion made by India.

India is therefore entitled to contend that the conclusions put forward by Portugal have never been the subject of any diplomatic correspondence, nor have they emerged as the subject-matter of a dispute. It follows that the Court is in the present case asked to deal with a dispute, the existence of which was never established before the filing of the Application. In our submission, this explains the uncertainties and the changes in position which have appeared in the formulation of the Portuguese case.

I now turn, Mr. President and Members of the Court, to our Fifth Objection. The Court will remember that our arguments in support of that Objection were presented in part by Sir Frank Soskice and in part by Professor Guggenheim. I propose to deal first with Professor Bourquin's criticisms of the submissions made by Sir Frank Soskice, and then with his criticisms of Professor Guggenheim's submissions.

Professor Bourquin opened his remarks on our Fifth Objection with a discussion of the burden of proof. He made great play with the right of Portugal to have her case considered and decided upon the merits in accordance with the Statute of the Court, and urged that a State seeking to arrest the ordinary procedure of the Court at a preliminary stage must itself establish the ground upon which this should be done. Of course, Mr. President and Members of the Court, nobody would dream of disputing that a State which files a proper Application, and shows the Court's jurisdiction to entertain it, is entitled to have the Application considered and decided in accordance with the Statute of the Court. Equally, there can be no doubt of the general rule that it is for a State presenting a Preliminary Objection to show that the Objection is valid. Those are the general rules. I venture to submit that their proper application to the circumstances of this case is not quite so simple as Professor Bourquin would have the Court believe.

For this purpose, Mr. President and Members of the Court, it is essential to observe the real nature of our Fifth Objection. This is set out in paragraph 59 of the Preliminary Objection, but I will repeat it, shortly, now. The starting point is this proposition, which surely cannot be controverted—the applicant State must show that the Court has jurisdiction to consider the dispute submitted by the Application. In the present case, Portugal relies for the Court's jurisdiction upon India's Declaration of the 28th February, 1940, adhering to the Optional Clause. It is therefore for Portugal to show that the dispute, submitted by her Application, falls within the ambit of that Declaration, and this she cannot do unless she shows that it is a dispute other than a dispute, and I quote, "with regard to questions which by international law fall exclusively within the jurisdiction of India". Since the dispute concerns matters which, in principle, do lie exclusively within India's domestic jurisdiction, Portugal must show some special ground upon which, in spite of this, the dispute is covered by India's Declaration.

Now, Mr. President and Members of the Court, the essence of our Fifth Objection is a complaint that Portugal has not discharged this obligation which, we submit, rests upon her. This is not an Objection in which we make some positive allegation, and claim that, because of that, the procedure of the Court should not run its normal course. This is an Objection in which we say that Portugal has failed to establish something which she must establish before the procedure of the Court can be set in motion at all. It may, in truth, be misleading to speak of the burden of proving this Objection; for, in this Objection, we do not set out to prove anything, we simply draw attention to something which the applicant State is obliged to prove and has not proved. That, Mr. President and Members of the Court, is the burden which rests upon Portugal—the burden of establishing the jurisdiction of the Court. It is a burden which rests upon her whether a Preliminary Objection is raised or not. By our Fifth Objection, we simply ask the Court to apply the inevitable consequences of Portugal's failure to discharge this burden. Portugal cannot escape by the allegation that, in so doing, we have somehow transferred the burden to ourselves.

When we turn, Mr. President and Members of the Court, to the question of what must be shown in order to establish that the dispute does not fall exclusively within the domestic jurisdiction of India, we find, I am happy to say, no difference of opinion between our learned opponents and ourselves. We are agreed that legal grounds must be established such as to justify the provisional conclusion that they are of juridical importance for the decision of the dispute according to international law. We agree that that is the test; but it remains to consider the result of applying the test. So it is necessary to see whether our learned opponents have been able to suggest any legal grounds upon which their claim can reasonably be based.

What is this right which the Government of Portugal claims? It has been described in various terms in the Memorial, in the Observations upon the Preliminary Objection, and in the oral submissions of our learned opponents. Professor Bourquin, in particular, devoted a considerable part of his address to "clarification", to use his own word (Verbatim Record, pp. 176-177) of the international obligation alleged by Portugal to rest upon India. After all this discussion, Mr. President and Members of the Court, we are still as far as ever from a precise formulation of the right claimed by Portugal. In the Memorial, it was said to be a right of passage for persons and goods, representatives of the Portuguese Government and armed forces. In the Observations (paras. 117 and 118), it was described as a right of international transit, but without immunity. In his address to the Court, Professor Bourquin described the Portuguese claim (Verbatim Record, p. 177) as a demand that India should not make the administration of the enclaves impossible by blocking the indispensable means of communication. Sir Frank Soskice pointed out in his address to the Court (Verbatim Record, pp. 73-74) that we had at that time been told, and I quote, "virtually nothing about the modalities, conditions or limits of this alleged international right of transit". The position still remains the same. Our learned opponents have not condescended to any particulars whatever. Their claim remains entirely vague and undefined.

This vagueness is important, Mr. President and Members of the Court, when one comes to consider the question whether the so-called right,

which Portugal claims, is a right which can be recognized at all in international law. It is said to be a right of passage, but without immunity. What does this mean? It would be difficult enough to understand if it were a right alleged to belong to a specific individual. Such an individual would have, it is said, a right to pass across Indian territory; but he would have no immunity from the "collection of customs duties, administrative authorizations" and "miscellaneous regulations"—to quote the language used in paragraph 118 of the Portuguese Observations. If this hypothetical individual is to be subject to passport regulations, customs regulations, health regulations, currency regulations, and police regulations, to say nothing of liability to arrest or service of process while he is on Indian territory, how can he be said to enjoy a right of passage at all? Yet the difficulty of comprehending this right, great though it would be if the right were alleged to belong to a specific individual, is many times greater in the circumstances in which the right is in fact asserted by our opponents. The right is alleged to belong simply to Portugal. It is not claimed for any particular persons, nor even for persons of any particular description. Thus, vagueness and imprecision extend not merely to the conditions in which the alleged right is to be exercised but even to the persons who are to exercise it. If the Portuguese Government puts forward certain persons to exercise this right of passage, are those persons to be exempt from compliance with all such regulations of the Indian Government, as I have just mentioned? Obviously not, for Portugal claims no immunity. Yet the persons put forward may well be unable to comply with the requirements of the local regulations. If so, is the right being infringed, or is it not? And what is to be said of a so-called right which, in fact, is not exercisable by those who come forward to claim it?

Mr. President and Members of the Court, the uncertainty of some of its rules, and the imperfect machinery for enforcing them, are sometimes made matters of reproach to international law. I venture to suggest that the reproach would indeed be deserved if international law were to attempt to recognize as binding something so undefined and disembodied, so hard both to exercise and to enforce, as the so-called right claimed by Portugal, which I have just been discussing. I submit that there is in fact no trace of any recognition by international law of this alleged right of passage without immunity.

Our opponents have given what they allege to be two examples of such a right. The first is the freedom of navigation on international rivers, of which I need only say that in our submission such freedom is the product of express agreement, except probably in the maritime parts of such rivers. The second example is that of a diplomatic envoy travelling through the territory of a third State. When I come to deal with the criticism of Professor Guggenheim's address, I shall show that this too is quite irrelevant to the Portuguese claim.

[Public hearing of 7 October 1957, afternoon]

Mr. President and Members of the Court, having regard to the observations in regard to the right claimed by the Portuguese which I addressed to you in the morning, I submit that this so-called right for which Portugal contends is something which has never been recognized, and is incapable of existence in international law. However, we go

further. Even if such a right were capable of existence, a summary examination of the material now before the Court would suffice, we submit, to show clearly that there is no ground upon which it could reasonably be argued that such a right does exist in this case in favour of Portugal.

Let us first observe, Mr. President and Members of the Court, a contradiction which, I venture to think, has crept into the submissions of our learned opponents. Both in their Observations upon the Preliminary Objection, and also in Professor Bourquin's address to the Court, great emphasis is placed upon the renunciation of any claim to immunity. Portugal, we are told, claims a right of passage, but no right of immunity. Portugal, we are told, claims—as Professor Bourquin gave, later on, a different and slightly closer description of what Portugal is claiming—and I will repeat his words—

“What we ask”, he said, “is simply that the Indian Government shall not make it impossible, by blocking essential means of communication, for us to administer the Portuguese enclaves.” (Verbatim Record, p. 177.)

Here, in spite of the previous disclaimers, we are in the presence of nothing but a claim to immunity, immunity from any local regulations which might lead to a certain result. To put it in another way, our learned opponents are here contradicting another contention upon which they had insisted at an earlier stage. The Portuguese claim, we were told, had nothing to do with the dubious doctrine of international servitudes. Then we come to Professor Bourquin's account, which I have just quoted, of what in fact that claim is; and we find that what is claimed is, after all, something of the nature of a servitude, a kind of negative easement. Portugal claims the right to prevent India from making any use of Indian territory or Indian sovereignty which may have the result of blocking what are described as “essential means of communication” between Daman and the enclaves.

This, after all, is the nature of the Portuguese claim. It is in the light of this that we submit that no more than a summary examination of the material now before the Court is needed to show that there is no reasonable ground upon which Portugal could vindicate such a claim.

I do not need at this stage, Mr. President and Members of the Court, to labour the point that what is claimed by Portugal represents “an important limitation of the exercise of the sovereign rights” of India. That is the language of the Judgment of the Permanent Court in the case of the *Wimbledon* (Series A, No. 1, at p. 24), a case upon which our learned opponents themselves rely as exemplifying exactly the kind of restriction which, they say, is imposed upon India. However, Professor Bourquin, in his address to the Court, laid great emphasis upon the distinction between a division of sovereignty and a limitation of sovereignty, as though, by confining her claim to a limitation of Indian sovereignty, Portugal could escape from those difficulties which undoubtedly she would encounter if she were to attempt to show that sovereignty over Indian territory had been divided.

It is clear that our learned opponents have shrunk from the task of establishing a division of sovereignty. I need only refer the Court to what Professor Bourquin said last Thursday morning (Verbatim Record, pp. 174 and 175). In my submission, Mr. President and Members of

the Court, equally formidable difficulties face them in their attempt to set up a limitation of Indian sovereignty. It is not only a division of sovereignty which requires the express agreement of the State concerned. The same is true of a limitation. This appears from the language of Chief Justice Marshall in the case of the *Schooner Exchange* in the Supreme Court of the United States, quoted in paragraph 162 of our Preliminary Objection. The learned Chief Justice is there referring to—and I quote his words—“any restriction” of a nation’s jurisdiction within its own territory, and saying that it—I quote again—“must be traced up to the consent of the nation itself”. The same rule is expressed in the award of the Tribunal of Arbitration in the case of the *North Atlantic Coast Fisheries*. I quote from the award:

“... a line which would limit the exercise of sovereignty of a State within the limits of its own territory can be drawn only on the ground of express stipulation, and not by implication from stipulations concerning a different subject-matter”.

The passage is taken from Wilson, “*The Hague Arbitration Cases*”, page 168.

Now, Mr. President and Members of the Court, where is the express stipulation upon which Portugal can rely as limiting the exercise of India’s sovereignty over her own territory? There is none. Certainly our learned opponents in their addresses to the Court have referred to none. Professor Bourquin never referred to the treaties concluded between the Portuguese and the Mahrattas or their successors, the British—except only to say that—and I quote him:

“it would be impossible to discuss in this preliminary phase the value and the significance of the innumerable documents which refer thereto”. (Verbatim Record, p. 184.)

Elsewhere, however, the Portuguese Government has been a little more revealing. In paragraph 11 of their Memorial they have told us that they rely on the Portuguese-Mahratta Treaty of 1779. Members of the Court will remember that in paragraphs 65-90 of our Preliminary Objection we have demonstrated that the arrangements made between the Portuguese and the Mahrattas have no relevance whatever to the present dispute. I will add only this. Even if that demonstration were at fault, it would be necessary only to read the Treaty of 1779 (Annex 1 to the Memorial) to see that there is not a word in it about a right of passage, and not a word from which might result an obligatory relation (to use the language of the *North Atlantic Coast Fisheries* case) imposing on the sovereign of the intervening territory such a limitation of sovereignty as the Portuguese Government desires to establish. It is true that in paragraph 140 of the Observations upon our Preliminary Objection Portugal hints at the existence of other treaties upon which she may wish to rely. Since these other treaties have been neither produced nor even identified, the Court, as I respectfully submit, will decide the present issue on the assumption that they give no help to our opponents. I may, however, refer to one other treaty which we have set out. It is the Portuguese-Mahratta Treaty of 1741, contained in Annex C, No. 32, to the Preliminary Objection. This Treaty, which was still in force in 1779, provides expressly that soldiers of either Power are not to enter the territory of the other without permission. In so far as the grounds

upon which Portugal relies consist of treaties, I submit, Mr. President and Members of the Court, that there is no sign of such an express stipulation as might support that limitation upon Indian sovereignty for which Portugal contends. In so far as we are concerned with treaties, a summary examination of the grounds of the Portuguese claim can only convince the Court that that claim is wholly without validity.

Professor Bourquin submitted to the Court that the documents annexed to the Preliminary Objection proved that, over the period of almost two hundred years, the Portuguese had never admitted the right of the sovereign of the intervening territory to prevent such transit as might be necessary to enable the Portuguese to administer the enclaves (Verbatim Record, p. 179). He will forgive me, I hope, for saying that such a statement makes me wonder how closely he can have studied those documents. They reveal—and I make no apology for repeating it—that throughout the period of British rule both British and Portuguese alike regarded all transit between Daman, Dadra and Nagar-Aveli as being allowed, controlled or forbidden entirely at the discretion of the British authorities. I remind the Court of just two or three incidents which, in my submission, establish this beyond doubt, both in the field of commerce and in that of administration. As to commerce, the Court will remember the evidence of two occasions on which the British authorities placed a complete embargo on the carriage of certain goods between Daman and the enclaves. On neither occasion did this action provoke any claim of right from the Portuguese. The first embargo was placed upon salt (Preliminary Objection, para. 117), the second upon dates (Preliminary Objection, para. 119). As to administration, the Court will remember the evidence about the passage of Portuguese troops and arms across British territory, and particularly the two incidents recorded in Annex C, No. 55, to our Preliminary Objection. In January, 1916, when a party of Portuguese soldiers passed through British territory without the permission of the British authorities, the Portuguese Consul-General at Bombay actually sent them back to Daman to ask for permission, and later in the same year the same Consul-General reminded the Governor of Diu that authorization by the British authorities was indispensable before any Portuguese troops could cross British territory. A reference to the examples which we have given, of the despatch of arms (Annex C, Nos. 63-65), will show that the request for the permission of the British authorities was no mere matter of form.

Such, Mr. President and Members of the Court, is the effect of the material which we have put forward; and, I submit, it is no answer to this for Professor Bourquin to point out how many paragraphs and how many pages this material has filled. After all, if the grounds upon which an applicant State relies are very extensive, even a summary examination of those grounds is bound to be extensive as well. In paragraph 49 of her Memorial, Portugal rests her case upon local custom. She having failed to produce any material to show what this custom was, we have done so instead; and I submit with confidence that a summary examination of that material reveals that local custom, as a foundation for the Portuguese claim, is wholly without validity.

Since I have spoken of the need for our opponents to prove the existence of a special rule authorizing passage in the manner and in the circumstances they envisage, I must spare a few words for the study

by Professor Bauer, of the University of Neuchâtel, in which study Portugal appears to find unimpeachable evidence of its allegation. With every respect for Professor Bauer's learning, I am obliged to point out that he is not a specialist in international law or in the history of international law. This distinguished historian has kindly placed his skill at the service of Portugal to help it buttress certain of its Pleadings with historical arguments. We cannot accept without question the conclusions at which he arrives, which, indeed, in the manner in which they are formulated, seem to transcend the historian's function. For the rest, this study, looked at more closely, is by no means unfavourable to India; it emerges clearly from it that, where the situation is not regulated by treaty law, the right of passage still rests, where it stands, on *local custom*. We therefore continue of the opinion that Portugal has not established the existence of a *general* rule of custom relating to the right of passage to and from enclaves and that the local customs, which permit this in one or other case, can form no basis for a conclusion in regard to Dadra and Nagar-Aveli.

I deal next, Mr. President and Members of the Court, with the criticisms which have been made of the arguments put forward by Professor Guggenheim in support of our Fifth Objection.

In his oral statement of 3rd October, my learned opponent, Professor Bourquin, reverted to the question of the legal claim advanced by Portugal in the present case and on that occasion he explained the *general principles of law* which our opponents believe support their claim.

It appears from the Verbatim Record of the 3rd October, page 178, that Portugal, in relying on the general principles of law mentioned in Article 38 of the Statute of the Court, does intend to base itself on principles gathered from the similarities of systems of municipal law. But if they do so can they at the same time, as Professor Bourquin did that very day (Verbatim Record, pp. 172-173, of the 3rd of October), discard the theory of servitudes? What is the "similarity" of municipal systems on this point, except that each of them provides for a servitude, and so for a right of passage? That this is what they do appears from the study made by Professor Rheinstein. Are not the positions taken up by Professor Bourquin somewhat contradictory?

Our learned opponent, however, does not stop at this notion of "general principles", which he says is too narrow a conception. He enlarges it, though without clearly defining it, by incorporating into it such concepts as that of sovereignty and effectiveness, apparently regarding these too as general principles within the meaning of Article 38, paragraph 1 (c), of the Statute of the Court.

It is not difficult, I think, to show that this concept is not in conformity with positive law, and in particular contradicts the proper interpretation of Article 38, paragraph 1 (c). I would justify this statement on three grounds:

First, the very text of the article conflicts with such an interpretation. The preparatory work of the drafting of the Statute shows that its authors, in introducing the reference to general principles, intended to supplement the classical sources of international law—custom and treaty—by appealing to certain principles of municipal law which might also be applicable at the international level. This is also the opinion expressed by Judge Anzilotti in his well-known "*Cours de Droit International*" (French edition, p. 117 and following pages).

Secondly, even if we keep to the narrow concept of general principles, it still remains to ascertain whether the Court has ever applied them. There is no doubt that it has always been very cautious in applying them. They have found support only in certain separate or dissenting opinions; Judge Anzilotti, for example, invoked the principle of respect for *res judicata* in the case of the interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Series A, No. 13, p. 27), and Lord McNair, in his Separate Opinion in the *South West Africa* case, referred expressly to analogies to be found in the various systems of municipal law (*1950 Reports*, p. 146 and the following pages).

This view is supported by the opinion of a distinguished internationalist, a colleague and friend of my learned opponent, no less an authority than Monsieur Charles De Visscher, a former Judge of the Permanent Court and of the International Court of Justice. I venture to refer here to his standard work "*Théorie et réalités en droit international public*". Monsieur De Visscher adds a further observation as follows, and I quote:

"It must also be observed that recourse to such principles by an international court is only possible by a process of abstraction which, stripping their application of the special features with which a more far-reaching technical elaboration has invested them in municipal law, enables them to be reduced to their more general and only really universally applicable aspects... In practice ... the only principles likely to be retained by a jurisdiction of the composition of the International Court of Justice would be those principles which by their universal recognition could not very well be open to a charge of subjectivity."

There ends the quotation. Can it be suggested that this is true of this so-called right of transit without immunity?

Thirdly, and lastly, the examples mentioned by our learned opponent to buttress the "wider" conception of general principles, these examples, may I say, have failed to convince us. As I have said, Professor Bourquin does not define these general principles understood in the wider sense, but he gives examples to illustrate his meaning: the sovereignty of the State, the principle to the effect that every State is obliged not to allow its territory to be used for the commission of acts contrary to the rights of other States, and the principle of effectiveness. But the first two of these are rules of international law accepted by custom, whether we call them principles or not. As for the principle of effectiveness, it is inherent in any legal rule, whether customary or conventional; it is a principle which upholds the validity of the legal system and not a rule which makes up that legal system. We cannot at this stage enter into the discussion of doctrine, but I have shown that our learned opponent has not clarified by the examples he has given what he really means by the "general principles in the wider sense".

With regard to *general custom*, on which Portugal among other grounds bases its claim to the alleged right of passage, we have already submitted in our opening speeches that general international law knows of only three cases in which there may be a right of passage without immunity. Our learned opponent suggests that we have resorted only to doctrine on this point. Our answer is that we had no intention of expounding doctrine; our submissions are based upon observation of practice and custom. On such a subject it is inevitable that any statement of custom

should take the form of a catalogue, since we are concerned with rules applicable to certain specific situations. Our learned opponent pointed in reply to the right of passage enjoyed by diplomats who are rejoining their posts and have for this purpose to pass through a foreign country. Even if that were a good example of a right of passage without immunity—and in fact it will be agreed that these diplomats very often do enjoy certain immunities in the countries they pass through—it would not follow that there is any general right of passage without immunity under customary law. Furthermore, even if a rule did exist in that case, our opponents would still have to prove the existence of a special rule showing a right to general passage, not merely the passage of diplomats, to an enclave. Moreover, the difference between the right of passage claimed in these proceedings and the right of passage for diplomats is obvious: the right of passage for diplomats is a right based on reciprocity, and is subject to various conditions, a point which is very well put in a Chinese thesis by Yeh-Sao Hang entitled "*The Privileges and Immunities of Diplomatic Agents vis-à-vis Third States*", 1938, and in the Harvard Research work. (See *Harvard Research*, 1932, p. 85 and the following pages.) It may also be mentioned that the right of passage of diplomats coincides with the general interest of the international community and thereby eases relations between the *different* States of that community. As for the passage which our learned opponent quoted from Oppenheim, 8th edition, Volume 1, 1938, we submit that his opinion is by no means as definite as Professor Bourquin contends. A view against the existence of a general right of passage for diplomats is expressed by Sir Cecil Hurst, former President of the Permanent Court of International Justice, in his lectures on Diplomatic Immunities also quoted in his *Collected Papers* (London, 1950). I quote from page 279:

"If the view is sound that a diplomatic agent travelling to or from his post even though he travels as an ordinary private person is in a third State entitled to exemption from the jurisdiction of the courts and from the operation of the local law, it should follow that a government is entitled, if it thinks it necessary, to refuse transit across its territory."

We submit that the opinion of this eminent international lawyer is correct. There is no *right* of passage for diplomats through third States, but, *if passage is permitted*, certain privileges and immunities ought to be granted to the diplomat on his journey.

Mr. President and Members of the Court, as Sir Frank Soskice pointed out in his address to the Court, we have all along suspected that the real object of the Portuguese Government in its submissions to the Court with regard to the Fifth Preliminary Objection was to persuade the Court to join it to the merits, and Professor Bourquin's appeals to the Court to do so seem to confirm that our suspicion was well founded. The question of joining to the merits can, of course, only arise in relation to the Fifth Objection (although I notice that some suggestion was made that the Sixth Objection should equally be joined to the merits). Professor Bourquin, however, concentrated his arguments in this regard upon the Fifth Objection and I would like, with the permission of the Court, to make a few observations with regard to this aspect of his address.

Our basic answer, which I certainly do not desire to repeat in detail, is as it has always been, that however Portugal's case is viewed it becomes

evident upon a summary consideration of the case that Portugal cannot demonstrate that she has even a remotely arguable case that the matters upon which she seeks to obtain the Court's judgment are other than matters of purely Indian domestic concern. Professor Bourquin, however, did not confine his argument to an endeavour to establish that he had such an arguable case but embarked in what seemed to me, if I may say so, somewhat highly coloured language upon a diatribe against India to the effect that India was anxious to escape from a legitimate discussion before the Court upon the merits of the case contrary, as I understood him, to the rules of the Court. He accused India of desiring what he termed a "rump" discussion and made reference to the celebrated Rump Parliament in English history. I am reminded that Oliver Cromwell brought the Rump Parliament to a close because he considered that its debates were conducive to no useful purpose. The rules of the Court, Mr. President and Members of the Court, give you in terms a precisely similar power should you think that because Portugal has no reasonably arguable case you are being invited to embark upon a debate upon the merits of the case which in consequence itself would be not conducive to any useful purpose.

It is precisely that power, Mr. President and Members of the Court, which India asks you, if you feel her submissions are well founded, to exercise in the circumstances of this case. Professor Bourquin exclaimed that so far as his clients were concerned, all that they asked was to be allowed to deploy their complaints in accordance with the rules of the Court. In reality, Mr. President and Members of the Court, they are asking for exactly the opposite. The rules of the Court clearly laid down that if they had no more to put before the Court for its consideration than that they made it clear that they can in fact put before the Court, India, in my submission, is entitled to raise a Preliminary Objection and it is upon this Objection that India asks the Court, strictly in accordance with its Rules, to decide in her favour. India asks the Court, in accordance with its Rules, to uphold the Preliminary Objection if, and only if, the necessary conditions in law have been disclosed to warrant such a course. But I submit that there can be no question if such reasons have been disclosed of India's right to have the case brought to an end as she seeks and there is no reason whatsoever why India should not avail herself of the procedure clearly laid down in the Rules of the Court.

Mr. President and Members of the Court, I would now like to turn to India's Sixth Objection, and I would be grateful if the Court would bear with me if I examine it a little more fully than it has heretofore been examined. My reason for so doing is that the Sixth Objection seems to us to take a much clearer shape in view of some passages in Professor Telles' and Professor Bourquin's speeches. The Court will remember that hitherto this Objection has been advanced upon perhaps a somewhat tentative basis as being one which would be valid if the Portuguese Government seriously contested the evidence contained in the Indian Annex. As my colleagues and I pointed out, we were left in some considerable uncertainty as to the Portuguese case, for reasons which we have already given, and which I do not seek for a moment to repeat. Professor Telles and Professor Bourquin, in the passages in their speeches to which I have referred, have made the situation plain and have, to a very large extent, removed the uncertainty which we felt; and I will come back to what they said in a moment.

The question with which the Court is confronted in relation to the Sixth Objection is whether the matters submitted to the Court in the present proceedings bring into operation the words contained in India's Declaration of the 28th February, 1940 (I quote): "disputes arising after the 5th of February, 1930, with regard to situations or facts subsequent to that date".

In order to answer the question, it is necessary, in the first place, to be certain as to what is the "dispute" which is before the Court. Whatever may have been the nature of the dispute brought to light by the interchange between the Portuguese and Indian Governments, upon which Professor Guggenheim has already addressed the Court, this much at any rate is clear. The dispute which the Portuguese Government seeks to submit to adjudication of the Court is whether or not Portugal possesses a right of passage between Daman and the enclaves and between the enclaves themselves. For this purpose it is unnecessary to consider whether Portugal's claim, as formulated, for example, in its conclusions in paragraph 60 of its Memorial, was a claim to a right of passage with or without immunity. The dispute formulated in the written Pleadings is, if I may put the matter compendiously, whether or not Portugal has such a right of passage.

Professor Telles, in his speech on Tuesday, 1st October (Verbatim Record, pp. 128-129) stated (and I quote from the English translation):

"Generally speaking, it [that is, the Portuguese Government] contests that Portugal has ever claimed a right of passage between Damao, on the one hand, and Dadra and Nagar-Aveli on the other, before February 5th, 1930."

That ends the quotation. Professor Bourquin, in his speech on Thursday, October 3rd (see pages 180 onwards of the Verbatim Record) reformulated the basis upon which Portugal asserts its claim, namely, general and fundamental principles of law, general custom, treaty and local custom. On page 184 and the following pages, he goes on to make it plain that in support of this claim Portugal maintains that the evidence annexed to the Portuguese Memorial and to the Indian Preliminary Objection establishes clearly that for nearly two centuries the Mahratta, then the British, and then the Indian authorities recognized that Portugal, as the sovereign of the enclaves, was entitled to such passage facilities as were necessary to enable it to administer these enclaves and that India made no claim to interfere with this undoubted right of passage until 1954. It is, I feel sure the Court will agree, equally plain that this construction of the evidence is wholly in conflict with that put upon the same evidence by the Indian Government. As the Court knows, the Indian Government maintains that this same evidence demonstrates that such facilities of passage as were from time to time afforded were on a permissive basis only and that the British and Indian authorities at no time recognized any right in the Portuguese to pass between Daman and the enclaves. Here then is a body of evidence forming, as we invite the Court to hold, a single and continuous whole, stretching over a period of history from 1818 to 1954, as to the proper inferences from which the Indian and Portuguese points of view are in flat contradiction. It constitutes, so we submit, a single concatenation of fact, the whole of which, in the Portuguese contention, produces the

consequences that throughout its course Portugal was entitled to exercise rights of passage between Daman and the enclaves. Equally, the Indian Government contends as to the whole of this body of evidence viewed as one single and continuous sequence of fact that it demonstrates equally conclusively that the Portuguese never at any time throughout its course possessed the right of passage which they claim. If this is a correct analysis of the situation, how does the question stand with regard to the Sixth Objection? Is, in other words, the dispute between Portugal and India as to the right of passage, claimed in circumstances which I have described, a dispute which arose after 1930, and is it a dispute with reference to situations or facts subsequent to 1930? It is respectfully submitted that the only answer that can be given to these questions is a negative answer.

Learned Counsel for the Portuguese Government in their oral addresses called attention to the two cases cited by the Portuguese Government in paragraph 158 of Portugal's Observations, the case of the *Phosphates in Morocco*, and the case of the *Electricity Company of Sofia and Bulgaria*. They submitted that the principle to be deduced from these cases was that the only situations and facts relevant could be those which were the source of the dispute and, for this purpose, they conceived the dispute to consist in the clash of view as to the events which took place in Dadra and Nagar-Aveli in 1954, brought to light by the exchange of notes from this period onwards, together with India's refusal to accede to certain requests made by Portugal following on these events. They submitted that upon this view the only relevant situations or facts could be those preceding and following the incidents in 1954 together with the interchange of communications passing between Portugal and India from 1950 onwards.

At the outset may I say, Mr. President and Members of the Court, that if the relevant dispute is the dispute to which I referred, namely, that formulated in the written Pleadings as to the existence or non-existence of a right of passage, the reasoning of our learned opponents is seen to be at once falsified.

Not only is this the case, but upon the same assumption that I have correctly described the relevant dispute, it is my submission to the Court that the reasoning in the *Phosphates* and the *Electricity Company* cases, far from damaging the proposition advanced by India, supports it. In order that I may make good this assertion, I must trouble the Court for a moment to consider the actual decisions in these two cases. It is not, I think, necessary for me to enter into much detail for this purpose, and I think it is sufficient if I analyse them upon the following lines. In both cases the limitation *ratione temporis* was so far as relevant in precisely the same terms as those employed in India's Declaration of 1940. In the *Phosphates* case, if the Court would be so good as to glance at the facts, it will be seen that the Italian Government which was the claimant Government asserted and relied upon a series of acts beginning in time before the French acceptance of the Court's jurisdiction and continuing until a period after that acceptance.

France, in those circumstances, contended that the limitation *ratione temporis* was applicable and the Italian Government sought to counter that contention by pointing to the fact that the illegal actions on the part of France as asserted by Italy as to some of them took place after France's acceptance of jurisdiction. Upon this footing the Italian

Government maintained that it was open to it to assert that the dispute was with regard to facts or circumstances subsequent to France's acceptance. The argument advanced by the Italian Government to this effect appears on page 23 of Series A/B, No. 74. In rejecting this argument, the Court used the following terms which appear on page 24:

"It is necessary always to bear in mind the will of the State which only accepted the compulsory jurisdiction within specified limits, and consequently only intended to submit to that jurisdiction disputes having actually arisen from situations or facts subsequent to its acceptance. But it would be impossible to admit the existence of such a relationship between a dispute and subsequent factors which either presume the existence or are merely the confirmation or development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute."

In other words, in my submission, the Court was proceeding upon the principle that where some of the facts and situations which, in substance, give rise to the dispute occur before and some occur after the acceptance of jurisdiction, the limitation *ratione temporis* will apply when it is seen that those situations or facts really form one continuous history, or to use the words of the Court where—and I quote—"the subsequent factors either presume the existence or are merely the confirmation or development of earlier situations or facts constituting the real causes of the dispute".

That case was decided in 1938, and in 1939 the second case, the *Electricity Company* case was decided. In the *Phosphates* case the Court concluded that the Preliminary Objection succeeded, but in the *Electricity Company* case the Court came to the opposite conclusion, namely, that the limitation *ratione temporis* was not applicable. In the *Electricity Company* case again the limitation *ratione temporis* was, so far as relevant, in identical terms. In the *Electricity Company* case, the Court referred to and clearly intended to follow the process of reasoning adopted by the Court in the *Phosphates* case; on page 82 of the Series A/B, No. 77, the Court said—I quote:

"The only situations or facts which must be taken into account from the standpoint of the compulsory jurisdiction accepted in the terms of the Belgian Declaration are those which must be considered the source of the dispute."

That test, so the Court held in the circumstances of that case, produced the result that the limitation was not applicable. The test as formulated was, however, wholly in accord with the test adopted in the *Phosphates* case. The radical difference, however, between the two cases which led to the different result arrived at in each case, resided in the actual facts which the Court in each case was considering. In the *Phosphates* case, as I have pointed out, the Court was considering a single coherent skein of events. Bulgaria sought in the *Electricity* case to equate the facts in that case with the facts in the *Phosphates* case by trying to link alleged unlawful actions asserted by Belgium against Bulgaria at having undoubtedly been committed after the relevant acceptance of jurisdiction with certain awards of the Belgo-Bulgarian Mixed Arbitral Tribunal made in 1923 and 1925 before the relevant acceptance of jurisdiction.

On page 81 of the report of the Court's judgment the Bulgarian contention is set out by the Court in the following terms—I quote:

“The Bulgarian Government in its argument raises the following point: although the facts complained of by the Belgian Government in the submissions of its Applications ... all date from a period subsequent to March 10th, 1926”,

and that was the date of the acceptance of jurisdiction by the Belgian Government:

“The situation with regard to which the dispute arose dates back to a period before that date. This situation was created by the awards of the Belgo-Bulgarian Mixed Arbitral Tribunal and in particular by the formula established by the awards of July 5th, 1923, and May 27th, 1925... The complaints made by the Belgian Government concerning the application of this formula by the Bulgarian authorities relate, it is contended, to the working of that formula and make it the centre point of the dispute.”

In other words, Bulgaria was seeking to establish a cohesive series of events dating from the awards and therefore starting before the date of Belgium's acceptance of jurisdiction and continuing after the acceptance so as to bring into operation the limitation *ratione temporis*. It is, however, clear that the Court would not accept the view that there was any such cohesion linking the events as contended for by Bulgaria and accordingly it followed that the principle applied in the *Phosphates* case could not be applied in the *Electricity* case in view of this fundamental difference of fact.

The Court stated this conclusion in the following words to be found on page 82 following immediately upon the words as quoted above:

“No such relation exists between the present dispute and the awards of the Mixed Arbitral Tribunal. The latter constitute the source of the rights claimed by the Belgian Company, but they did not give rise to the dispute, since the Parties agree as to their binding character and that their application gave rise to no difficulty until the acts complained of.”

Having ventured to offer this analysis, may I invite the Court to consider its effect, if I have correctly formulated it, upon the circumstances of the present case.

In the circumstances of the present case, as I have pointed out, Portugal asserts that the events or “situations or facts” at least from 1818 onwards disclose the existence of the right of passage which they assert, whereas India interprets those situations and facts in the exactly contrary sense. In the *Electricity Company* case, if instead of being in agreement with regard to the binding character of the awards of the Mixed Arbitral Tribunal and that their application gave rise to no difficulty the Parties had been in direct conflict with one another as to either the binding character of these awards or the effect of their application, there is, in my submission, no doubt that the Court would have decided that the limitation *ratione temporis* was applicable upon the line of reasoning adopted in the *Phosphates* case. If, moreover, the Parties in the *Electricity* case had disagreed as to the awards and the result of their application, the *Electricity* case would have been analogous

to the case upon which this Court is now adjudicating. In other words, as I have said, there was a crucial distinction of fact between the *Phosphates* case and the *Electricity* case. But it is the *Phosphates* case which is analogous to the present case which the Court is considering.

How then does the situation emerge with reference to India's Sixth Objection? In my submission, two conclusions result from what I have said. In the first place, the dispute as to the right of passage, if I have correctly formulated it, is in no sense a new dispute. It is merely a continuation of a conflict of view stretching back at least to 1818. The first requirement in order that the Court may have jurisdiction is therefore not fulfilled in that the dispute is one which arose before 1930. The Memorial, in other words, reflects in precise terms a difference of view originating long before 1930 and being precisely the same difference of view at all times. But whether I am right in making this submission or not, what I submit cannot be controverted is the second consequence which in my submission emerges from what I have said above. That second consequence is the following: whether or not the dispute itself arose before 1930, it was undoubtedly a dispute with regard to situations or facts which stretch back at least to 1818. It is a dispute as to the true result in law of those situations and facts. If this is so, in my submission, the limitation *ratione temporis* must inevitably be operative, at any rate in so far as the Portuguese case is founded upon an assessment in law of the consequences of what took place between India and Portugal with reference to passage between Daman and the enclaves from 1818 onwards. In other words, that part of the case which is based upon long-standing custom.

But equally the same conclusion must result in so far as the claim is based upon any of the other heads of argument relied upon by Portugal. To the extent that the Portuguese case depends upon the alleged effects of the Treaty of 1779 and the Sanads which followed it *a fortiori* the dispute must be with reference to situations or facts before 1930. Equally in so far as the case depends upon an asserted principle of law which annexes rights of passage to enclaves, the "situations or facts" with regard to which the dispute which arises must include, at any rate, the existence of the enclaves. Similarly, if and in so far as the claim is based upon some general principle of law which allegedly grants some right of passage between Daman and the enclaves as a matter of necessity or upon any such similar principle, it is the existence of the enclaves and the assumed necessity which is the situation or fact with reference to which the dispute arises. However, therefore, Mr. President and Members of the Court, the Portuguese claim is viewed, it is, in my submission, impossible to escape the conclusion, now that we have a clearer view as to the basis on which the claim is formulated, that the limitation *ratione temporis* is operative. A right of passage is asserted on the one side and denied on the other, and nothing whatsoever has occurred since 1930 to bring into being such a right beyond what had occurred before 1930. It is the whole concatenation of events from 1779 onwards, if anything, which establishes the right of passage.

Mr. President and Members of the Court, there are two other general observations which I would like to make in connection with our Sixth Objection. In the first place, it is my submission that the exclusion *ratione temporis* should not be restrictively but generously interpreted. It is to be noted that the words "situations or facts" are used together.

With regard to them, the Court in the *Phosphates* case, at page 24, used the following words (I quote):

“The French Declaration mentions situations or facts. The Court is of opinion that the use of these two terms shows the intention of the signatory State to embrace, in the most comprehensive expression possible, all the different factors capable of giving rise to a dispute.”

The word “situation” is surely of the broadest import. It includes not merely a factual state of affairs, in my submission, but also a legal situation resulting from a given state of fact. It is wide enough, in other words, to embrace not only the actual happenings disclosed in the evidence, such as requests made and indulgence granted in communications passing through the Indian and Portuguese Governments; it must presumably also embrace the legal consequence deduced by either Party from these facts—that is to say, the existence, according to Portugal, or non-existence, according to India, of a right of passage. Whatever the interpretation put upon the word “situation”, it must, in my submission, embrace what I have generally referred to as the concatenation of fact spreading over the nineteenth and the first half of the twentieth century as disclosed in the evidence, and it must also embrace the resulting situation in law deducible from those facts. As to the word “facts”, this must surely bring within its scope the actual circumstances and events shown in the evidence. In other words, the net is thrown extremely widely. The conclusion, in my submission, is inescapable that what is disclosed in the evidence, however it is interpreted, and the legal situation deducible, as it existed throughout the nineteenth and the first half of the twentieth century, all constitute what the Court described as “different factors capable of giving rise to a dispute”. I would venture, in this context, also to quote the words of the Court, on the same page 24, used with regard to the general object of the limitation *ratione temporis* (I quote):

“It was inserted with the object of depriving the acceptance of the compulsory jurisdiction of any retroactive effects, in order both to avoid, in general, a revival of old disputes, and to preclude the possibility of the submission to the Court by means of an application of situations or facts dating from a period when the State whose action was impugned was not in a position to foresee the legal proceedings to which these facts and situations might give rise.”

The second observation, Mr. President and Members of the Court, relates to the quotation made by Professor Telles in his oral address from the work of Professor Waldock entitled “The Decline of the Optional Clause” in the *British Year Book of International Law*, 1955-1956, at page 271. With the permission of the Court, I would venture to repeat the quotation. Professor Waldock writes:

“Most ‘subsequent disputes’ will relate to situations or facts which have a history going back some years, and a loose interpretation of the limitation might result in a drastic curtailment of the matters covered by the declaration. But the limitation is objectively stated and the Court has had no difficulty in keeping it

within bounds by holding that a prior situation or fact, if it is to bring the limitation into play, must be one which is 'the source of the dispute'. A State cannot, therefore, by a specious invocation of tenuous connections between a recent 'dispute' and a past 'situation or fact', use this form of limitation as a general escape clause."

It is obvious from this passage, in my submission, that the crucial words are the words "by a specious invocation of tenuous connections between a recent 'dispute' and a past 'situation or fact' ". Nothing that we have said, Mr. President and Members of the Court, from this side of the Bar could, in my submission, possibly be construed as going counter to Professor Waldock's words. It is the whole chain of events relied on and asserted by Portugal, viewed as a single coherent developing series, which constitute the factors giving rise to the present dispute. The idea that there can be no more than a tenuous or specious connection between the dispute and these events is, in my submission, wholly untenable. The one springs directly out of the other and the connection is not only not specious and tenuous but of the closest and most solid character. Professor Waldock's language describes the situation which is the exact converse of the situation which the Court is, in fact, considering, and that this is the case is made plain, in my submission, by the Portuguese Memorial. In this context, I need perhaps do no more than remind the Court of paragraph 50 of the Portuguese Memorial in which a historic title is asserted as having arisen (I quote):

"Transit between Damao and the enclaves, or between the enclaves themselves, corresponds to an ancient, continuous and uniform usage, observed as a right of the Portuguese State and as an obligation of the bordering State.

This transit has always been practised as a necessity, as an indispensable means to enable Portugal to exercise her sovereignty over the enclaves. The facts proving the existence of this practice have been sufficiently specified in Part I of this Memorial, and it is unnecessary to revert to them here.

These facts give rise to an *historic title* which, if necessary, would suffice to give a solid basis to the right claimed in the present dispute. It matters little whether it be related to the notion of *prescription* or of *custom*. These two notions are very closely linked and it is sometimes difficult to draw a clear distinction between them. What is certain is that a usage has grown up peacefully, with the consent and even the active participation of the neighbouring States concerned; what is certain is that this usage, consolidated by time, confers upon Portugal a right which can no longer be questioned and which she would enjoy even in the absence of any other title." [That is the historical title which I was referring to.]

I submit, therefore, that the Sixth Objection should succeed upon two grounds: first, that in the first place the dispute with which the Court is actually concerned is not a dispute which in the relevant sense arose after 1930; and, secondly, more certainly still that whether the dispute did or did not arise after 1930, it was a dispute beyond any question "with reference to situations or facts" stretching far back before 1930.

There is one supplementary point to which finally, Mr. President and Members of the Court, I would desire to call attention. I note that it is the contention of the Portuguese Government that India's Sixth Preliminary Objection, if not rejected, should be joined to the Merits. If the Court would glance at the Sixth Portuguese Contention, as stated by Professor Telles (Verbatim Record, p. 192), it will see that Portugal maintains that a full discussion of India's Sixth Objection would involve a discussion of matters of fact and the legal conclusions to be deduced from such fact relating to a period before 1930. This, in my respectful submission to the Court, of itself indicates that the dispute certainly relates to a period before 1930, and is with regard to situations or facts before that date, even if the dispute and the situations and facts in relation to which it arose continued after 1930. I venture to point to this contention on the part of the Government of Portugal as in itself affording strong support to the contentions which I have sought to make good in the course of my address to the Court on the Sixth Objection.

With regard to the suggestion that the Sixth Objection should be joined to the merits, in my submission it clearly should not be. As I have pointed out, the evidence before the Court clearly demonstrates that the circumstances are such as must bring into operation the limitation *ratione temporis* and for this purpose no more evidence is requisite and, moreover, no further evidence could possibly produce a different result.

Mr. President and Members of the Court, before I pass from the Sixth Objection, for the sake of clarity I would like to exercise my right to modify or supplement our Sixth Conclusion. I do so in case there should be any doubt whether our Sixth Conclusion is intended to be based both on the consideration that the dispute was anterior to 1930, and also upon the consideration that it was with regard to situations or facts anterior to 1930. As the Court will know from my address, we intend both heads of argument to be included. I have accordingly made a slight change in our Sixth Conclusion as it stands and will hand in to the Registrar a signed copy of the amended conclusion¹ at the end of my speech.

[Public hearing of 8 October 1957, morning]

Mr. President and Members of the Court, I now wish to say a few words about the Seventh Conclusion of the Government of Portugal (Verbatim Record, p. 192).

By raising this Conclusion Portugal contends that clause (d) of India's Conclusions on the Fifth Preliminary Objection in effect constitutes a new Objection and as Preliminary Objections are required by Article 62 of the Rules of the Court to be filed before the expiry of the time-limit fixed for the delivery of a party's first Pleading, the said Conclusion must be treated as being out of time and therefore inadmissible. The observations of Professor Bourquin make it clear that Portugal objects to that part of our submissions in connection with our Fifth Objection which raises the point that the present dispute is not a legal dispute and is therefore not justiciable.

In our submission, the view put forward by Portugal is a mistaken view. We submit that the Conclusion in clause (d) which we have raised

¹ See p. 236. [Note by the Registry.]

under the Fifth Preliminary Objection presents only a particular aspect of our contention that the subject-matter of the dispute relates to a question exclusively within the domestic jurisdiction of India. When we argue that the dispute is not legal and is therefore not justiciable we simply assert that from the legal point of view it falls within the exclusive jurisdiction of India. We therefore submit that the dispute being not justiciable it falls within the reserved domain of India and cannot form the subject-matter of these proceedings before the Court. Thus, the contention raised is merely a point of view which reinforces our Fifth Preliminary Objection.

The view we have put forward is supported by the opinion of M. Rosenne in his recent book "*The International Court of Justice*" to which I have had occasion to refer earlier in my speech. He states (p. 41, note 3):

"It is possible that the most serious of the limiting factors on the activities of the Court which might derive from the Charter is the domestic jurisdiction principle. Despite the wording of the Charter, this is fundamentally a question of the legitimate sphere of *activity* of international law, and *ipso facto* a limiting factor of the role of the Court."

The view taken by M. Rosenne is obviously sound because the idea underlying Article 15, paragraph 8, of the Covenant of the League of Nations which is the basis of all clauses relating to the reserved domain was to exclude from the Court's jurisdiction non-legal conflicts, that is to say, conflicts which did not give rise to any obligations under international law.

Accordingly, we submit that we are justified in our contention that the Conclusion relating to the non-justiciability of the dispute is but a part of our contention based on the domestic jurisdiction of India which is the subject-matter of our Fifth Preliminary Objection. We therefore submit that the contention put forward by Portugal that our Conclusion should have formed the subject of a separate Preliminary Objection is unsound and unsustainable.

I shall add a new Conclusion to the Conclusions we have already submitted raising the point I have outlined.

Before I close my argument, Mr. President and Members of the Court, I must refer briefly to Portugal's rather curious Eighth Conclusion in which she asks the Court, as it were, to admonish the Parties to abstain "from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of its decisions"—that is its decision on the merits—"or which might bring about an aggravation or an extension of the dispute".

Professor Telles in introducing this so-called Conclusion to Portugal's arguments in reply to India's Preliminary Objections explained that he was not asking the Court to indicate interim measures of protection under Article 41 of the Statute. He was only asking the Court, so he said, to recall to the Parties a universally admitted principle of international jurisdiction. And, as authority for this principle he cited a passage—a very well-known passage—from the Permanent Court's Order of December 5th, 1939, in the *Electricity Company of Sofia* case—Series A/B, No. 79, page 199.

Moreover, the terms in which Portugal now asks the Court to recall the principle to the Parties follow the terms in which the Permanent

Court stated the principle in that passage. Professor Telles omitted to mention that the Permanent Court, in stating the general principle on which he relies, emphasized that the Court's power to indicate interim measures under Article 41 of the Statute is merely an application of that general principle.

Portugal, who also brought up the general principle in her Memorial, has from the first recognized that the situation does not warrant an Order for interim measures under Article 41, for she would clearly have otherwise applied for such an Order. It is, indeed, plain both from the facts of the situation and from the jurisprudence of the Court that such an Application would be bound to fail. That being so, I very much question the propriety of the course adopted by Portugal in putting forward her Eighth Conclusion. She is really asking the Court to give her in the form of a strong admonition to the Parties the substance of what, as she well knows, she would not be entitled to obtain from the Court in the form of an Order for interim measures of protection. Whether the Court has any power to act outside the provisions of Article 41 in the manner demanded by Portugal is a question which I am content to leave to the Court because, in our submission, there is in any event no conceivable ground for the exercise of such a power in the present case.

Mr. President and Members of the Court, I can well understand the difficulties in which Portugal finds herself in the present case and the reasons why she found it impossible to formulate a request for interim measures which could have any chance of success. She has filed an Application, the subject-matter of which is certain alleged rights of passage between Daman and the enclaves which she claims for the purpose of ensuring the effective exercise of Portuguese sovereignty in the enclaves. India disputes these rights of passage and it is this dispute about the alleged rights of passage which is the subject and the only subject of the case before the Court. But in regard to this dispute there is neither any occasion nor any room for interim measures of protection or for the kind of formal admonition asked for in the Eighth Conclusion.

As the Court said in its Order of July 5th, 1951, in the *Anglo-Iranian Oil Company's* case, "the object of interim measures of protection provided for in the Statute is to preserve the respective rights of the Parties pending the decision of the Court". But, as the Permanent Court pointed out in the *Chorzów Factory* case—Series A, No. 12, page 10—the power to indicate interim measures cannot be invoked if its effect would be to grant to the applicant State an interim judgment in favour of all or a part of the claim formulated in the document instituting the proceedings. And in the *South-Eastern Greenland* case—Series A/B, No. 48, page 284—the Permanent Court intimated that its power to indicate interim measures ought not normally to be exercised merely to prevent possible incidents. The principles enunciated in the cases which I have just cited would seem to apply with no less force to Portugal's most unusual request for this kind of interim admonition of the Parties.

In our submission, Mr. President and Members of the Court, the Portuguese request is both wholly irregular and without any valid foundation. It is irregular because, as I have said, it is really an attempt to circumvent the restriction of the Court's powers under Article 41 of the Statute. It is without any valid foundation because the request does not relate to preserving the alleged rights of Portugal in the present

dispute but to preserving her alleged rights to the sovereignty of the enclaves, which are not the subject of the Application before the Court. Portugal is in this difficulty. The alleged rights of passage which she claims—whether with or without immunity—have no purpose or meaning except in connection with the assertion of Portuguese sovereignty over the enclaves. She claims the rights necessary to carry on the Portuguese administration of the enclaves. But there is no Portuguese administration of the enclaves to-day nor has there been any for over three years. India is not administering the enclaves. India has more than once declined to accede to requests from the local authorities in the enclaves to take over the enclaves. The enclaves are administering themselves through their own authorities. So the rights which Portugal claims in the present case have a rather unreal air about them. They could only have meaning in connection with a re-establishment of Portuguese administration in the enclaves. But the re-establishment of Portuguese administration against the will of the people of the enclaves raises very large political and legal issues which are quite outside the present case. This case, so far as anyone can understand it, concerns alleged rights of passage, sometimes depicted as with immunity, sometimes without immunity, sometimes without full immunity, but always to places which are not to-day under Portuguese administration.

Mr. President and Members of the Court, the Eighth Conclusion has, I submit, very little to do with the present dispute. Its real object is, by asking for an undefined general admonition from the Court, to obtain, if possible, some vague hold on India with respect to the factual and political position in the enclaves. The present dispute concerns rights of passage about the whole existence of which the views of India and of Portugal are in headlong collision. Interim measures, in the proper sense of the term, could only relate to such matters as destruction of any roads or bridges essential for the exercise of the alleged rights of passage. Any other measures would either amount to an interim judgment in favour of Portugal which the Permanent Court said was impossible or would fall outside the scope of the dispute submitted to the Court. The only grounds on which Portugal asks for the Court's admonition to the Parties are a completely vague and undefined fear of aggravation of the dispute and the length of the present proceedings. Neither of these grounds provides the slightest reason for the most exceptional admonition to the Parties demanded by Portugal. Much of the delay in the proceedings, as India has repeatedly pointed out, has been due to the failure of Portugal to set out her case properly in her Memorial.

For the various reasons which I have given, Mr. President and Members of the Court, I submit that the Portuguese Eighth Conclusion ought to be completely and summarily rejected, and I shall in a moment present to the Court the text of a new Conclusion covering the point. The Court may think that in putting forward her Eighth Conclusion, Portugal has only succeeded in underlining the unreality of the present proceedings in which she claims rights that have no meaning in the present factual and political situation in the enclaves, and that cannot be made effective without a violent reimposition of Portuguese administration on an unwilling people.

That, Mr. President and Members of the Court, concludes my reply to the arguments put forward on behalf of Portugal. It remains for me to deal with the Conclusions of the Government of India. As I have stated

already, we desire to exercise our right to modify the Conclusion relating to our Sixth Objection, and to add Conclusions dealing with the Seventh and Eighth Conclusions of the Government of Portugal. With these modifications, we adhere to the Conclusions which I read out at the close of our argument on Friday, 27th September.

I will hand in to the Registrar a signed copy of our modified Sixth Conclusion, and the Seventh and Eighth Conclusions which we desire to add. I shall now read these three Conclusions:

The amended Conclusion to the Sixth Objection: Since India's Declaration of February 28, 1940, limited her acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court to disputes arising after 5th February, 1930, with regard to situations or facts subsequent to that date; and since the present dispute as submitted to the Court by Portugal is a dispute which did not arise after 5th February, 1930, and was in any case a dispute with regard to situations or facts which were not subsequent to that date, the dispute is excluded from India's acceptance of compulsory jurisdiction under the Optional Clause by the express terms of the said limitation in India's Declaration of February 28, 1940, and in consequence the Court is without jurisdiction to entertain the Portuguese Application of 22nd December, 1955.

I next state my Conclusion—proposed new Conclusion—with regard to the *Seventh Conclusion* of the Government of Portugal:

Since the submission of the Government of India in support of its Fifth Preliminary Objection quoted in the Seventh Conclusion of the Government of Portugal in no sense constitutes a new objection, but is simply one aspect of the contention of the Government of India that the matters in dispute fall exclusively within the domestic jurisdiction of India; and since the said submission of the Government of India is well founded; in consequence the Seventh Conclusion of the Government of Portugal should be rejected.

And I next state, Mr. President and Members of the Court, the Conclusion which we raise with regard to the *Eighth Conclusion* of the Government of Portugal:

Since the Government of Portugal has not invoked the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute of the Court; and since that Government asks the Court to address an admonition to the Parties analogous to an indication of provisional measures in circumstances which would not justify the Court in making an Order under Article 41; and since that Government has not disclosed any valid grounds for asking the Court to address such an exceptional admonition to the Parties, and since it would in the circumstances of the present case be wholly inappropriate to accede to the request of the Government of Portugal; in consequence, the Eighth Conclusion of the Government of Portugal should be rejected.

I should conclude my speech, Mr. President and Members of the Court, by giving expression to the grateful appreciation of my Government for the courteous and patient hearing accorded to us in making our reply to the arguments on behalf of the Government of Portugal.

13. DUPLIQUE DE M. GALVÃO TELLES

(AGENT DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DES 10 ET 11 OCTOBRE 1957

[Audience publique du 10 octobre 1957, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Le moment est venu pour les avocats du Portugal de reprendre la parole.

Nous pensons que les contre-arguments présentés par les conseils de la Partie adverse dans leur réplique n'ont affecté en rien le bien-fondé de la thèse du Portugal. Mais le nouvel exposé de nos adversaires nous oblige encore à quelques considérations: nous nous efforcerons de les rendre aussi brèves que possible.

* * *

Depuis que les enclaves de Dadrá et de Nagar-Aveli sont devenues portugaises — cela remonte à près de deux siècles —, nos autorités y ont toujours exercé la souveraineté sous ses différents attributs. Le mécanisme de nos institutions s'est toujours étendu à ces territoires. Nos fonctionnaires ont toujours pu y assurer l'exercice de l'administration qui leur incombait.

Par quels moyens?

De toute évidence en s'y rendant, et la seule voie d'accès possible passe par le territoire qui les limite: il n'existe pas d'autre voie de communication.

Y a-t-il eu parfois, au cours des temps, des discussions sur certaines modalités de transit?

Sans aucun doute, mais le passage en soi comme moyen d'établir la liaison avec les enclaves et de permettre leur administration n'a jamais été refusé. Sauf à partir de 1954.

La documentation que nous avons versée au dossier prouve qu'il en a été ainsi, et celle de la Partie adverse, elle-même, corrobore largement cette preuve.

Le changement radical intervenu dans la situation remonte à quelques années. A un moment donné en effet — en juillet 1954 —, l'Union indienne interrompit complètement les communications avec nos enclaves. Celles-ci se trouvèrent alors totalement isolées du reste du Portugal et le sont restées.

Le Portugal s'est efforcé depuis lors d'y rétablir son administration. Mais l'Union indienne l'en a empêché en s'opposant au rétablissement des liaisons entre le Damão littoral et Dadrá et Nagar-Aveli.

* * *

Il y a près de deux ans que cette affaire a commencé.

Depuis plus de deux semaines diverses questions de procédure ont été débattues avec ampleur. Mais la réalité sous-jacente, réalité qu'aucune

théorie ne parvient à cacher, qu'aucun artifice de technique juridique ne réussit à détruire ou à faire disparaître, cette réalité irrécusable et vivante, c'est l'état d'isolement auquel Dadra et Nagar-Aveli continuent d'être assujettis.

Le Portugal n'a jamais réclamé un régime d'immunité; il ne revendique aucun droit de souveraineté sur le territoire de son voisin dans l'Hindoustan. Il prétend simplement que cet État, en accomplissement d'une obligation internationale, lui donne accès à ses enclaves afin qu'il rétablisse sa liaison avec elles et puisse recommencer à les administrer, suivant son droit et son devoir.

Peut-on tenir pour raisonnable qu'un État, du fait d'un autre État, soit privé des contacts nécessaires avec des portions de son territoire? Peut-on tenir pour raisonnable que cet autre État ait le droit d'isoler des portions de territoire, en supprimant totalement leurs contacts avec l'ensemble dans lequel elles s'intègrent?

Si les procédés dont l'Inde nous donne l'exemple devaient être couronnés de succès, tout État possédant des enclaves — et on en a mentionné plusieurs au cours de la procédure — serait menacé de voir ces enclaves soustraites d'un moment à l'autre à son administration, tels des membres amputés.

* * *

La requête qui a ouvert ce procès fut présentée le 22 décembre 1955 et portée à la connaissance du Gouvernement indien par communication du Greffier de la Cour. Le Gouvernement de l'Inde accusa réception de cette communication par sa lettre en date du 12 janvier 1956, que l'on trouve jointe aux exceptions préliminaires (annexe B, n° 10).

Or dans cette lettre même, et donc *sans avoir encore pu faire une étude approfondie et soignée du problème*, le Gouvernement indien a déclaré ne pas reconnaître la compétence de la Cour relativement à l'objet du litige.

Le 15 avril 1957, la Partie adverse déposa ses exceptions préliminaires, par lesquelles elle prétend s'opposer à ce que la Cour connaisse du différend.

A l'aide de cette pièce et des plaidoiries auxquelles nous répondons, elle fait les plus grands efforts pour soustraire le différend à la compétence de la Cour. A cette fin, elle n'a soulevé rien de moins que six exceptions préliminaires. Aucune d'elles, je crois, ne peut se soutenir: toutes manquent de base, ce sont des créations purement artificielles qui ne résistent pas à la critique.

C'est ce que, je l'espère, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, les avocats du Portugal sont parvenus à démontrer.

* * *

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, cette brève introduction terminée, ajoutons ce qui doit encore être dit sur chacune des exceptions préliminaires.

Conformément au plan initialement établi, nous nous occuperons personnellement, dès maintenant, des troisième et sixième exceptions, et notre distingué collègue, M. le professeur Bourquin, examinera les autres ensuite.

Commençons par la troisième exception.

Il convient avant tout de souligner que beaucoup de nos affirmations relatives à cette exception n'ont pas été réfutées par nos contradicteurs.

Ainsi, et entre autres :

Nous avons affirmé que certaines opinions et certains arrêts cités par nos adversaires dans leurs premières plaidoiries relatives à la troisième exception avaient un sens différent de celui qu'on pouvait tirer des citations telles qu'elles avaient été faites. Notre affirmation n'a pas été réfutée.

Nous avons affirmé que la jurisprudence ayant trait aux problèmes en cause est interprétée par la doctrine comme nous le faisons et a la pleine approbation de juriconsultes de la classe de Hudson, Magyari et Waldock. Notre affirmation n'a pas été réfutée.

Nous avons affirmé que l'argument historique tiré des travaux préparatoires du Statut de la Cour permanente de Justice internationale confirme entièrement notre thèse, qui du reste est conforme à l'orientation de la jurisprudence. Notre affirmation n'a pas été réfutée.

Nous avons affirmé que la clause du « préalable diplomatique », si on la rencontre fréquemment dans les traités, est cependant rare dans le domaine particulier, qui nous intéresse, de la clause facultative. Notre affirmation n'a pas été réfutée.

Nous avons affirmé que l'assertion de la Partie adverse selon laquelle le litige soumis à la Cour avait un caractère politique était hors de propos, puisque la Partie adverse n'aurait pu le soutenir que si elle avait en temps voulu présenté une exception sur cette base, ce qu'elle n'a pas fait. Notre affirmation n'a pas été réfutée.

Voici, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une série de points, entre autres, sur lesquels, croyons-nous, on doit considérer comme acquis l'accord de nos adversaires.

* * *

Dans la plaidoirie à laquelle nous sommes en train de répondre, on nous a attribué, ou il nous semble qu'on nous ait attribué, des points de vue que nous n'avons pas exprimés et que, au contraire, nous avons rejetés expressément dans notre première intervention.

C'est ainsi que nos adversaires, dans la séance du 7 au matin, ont énoncé la phrase suivante (compte rendu, p. 211) :

« Nous reconnaissons également qu'il faut qu'on soit arrivé à une impasse, à ce point mort dont parle notre honorable contradicteur. »

Cette affirmation pourrait faire supposer que nous acceptons la thèse *générale* de la nécessité de pousser les négociations diplomatiques jusqu'à une « impasse », jusqu'à un « point mort ». Or il n'en est pas ainsi, comme nous l'avons bien mis en évidence dans notre précédente intervention. Cette exigence n'existe, à notre avis, que quand elle est prévue dans une *clause* de la convention qui fonde la compétence de la Cour.

Dans la même séance, nos contradicteurs ont dit encore (compte rendu, p. 211) :

« Nous sommes donc, semble-t-il, du même avis que nos honorables contradicteurs lorsqu'ils disent qu'il faut qu'il y ait un différend et que les négociations diplomatiques doivent servir à le constater. »

Il faut s'entendre. Nous sommes réellement d'avis qu'un différend doit exister; mais nous ne soutenons pas que celui-ci doit nécessairement se traduire par des négociations diplomatiques.

C'est ce qui résulte de tout l'exposé que nous avons eu l'honneur de présenter au cours de la séance du 30 septembre. Et c'est ce qui résulte en particulier de l'identité de nos vues avec l'arrêt du 16 décembre 1927 sur l'affaire de l'*Usine de Chorzów* (compte rendu, p. 111).

Cet arrêt, que nous avons invoqué parmi plusieurs autres à l'appui de notre thèse, est spécialement explicite dans le cas considéré. On y lit en effet qu'il n'est pas nécessaire que « l'existence de la contestation se soit manifestée d'une certaine manière, par exemple par des négociations diplomatiques » (Série A, n° 13, p. 10).

* * *

Il y a aussi, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une autre observation qu'il devient indispensable de faire.

On constate un recul manifeste dans l'argumentation de nos contradicteurs. Quelle exception ont-ils soulevée sous la rubrique n° 3? Une exception basée sur le fait que nous n'aurions pas *épuisé* les négociations diplomatiques.

La Partie adverse soutenait en effet qu'on ne devait pas faire appel à la Cour sans avoir essayé de résoudre à l'amiable le différend et être parvenu à un point mort, c'est-à-dire jusqu'à un point au-delà duquel on ne peut plus poursuivre les négociations avec probabilité de succès.

Nous avons démontré, nous croyons, qu'il n'en va pas ainsi. Nous avons démontré qu'il n'existe aucune règle *générale* de droit international qui formule une telle exigence.

Dans leur réplique, nos distingués contradicteurs n'ont même pas essayé de réfuter cette démonstration. Ils ont renoncé à toute défense de leur thèse primitive. Ils n'affirment, au moins, ils n'essaient plus de démontrer qu'il faille que les possibilités de résoudre à l'amiable le différend s'avèrent comme *épuisées*. Ils se contentent (ce qui est tout autre chose) de l'*existence* d'un différend. Ils continuent à parler, bien sûr, de *négociations diplomatiques*. Mais ne nous trompons pas sur les mots. Maintenant nos contradicteurs n'exigent plus ces négociations comme un mode de *résoudre* le différend; ils les exigent seulement comme un mode de *révéler* le différend.

Dans cette nouvelle version, les négociations diplomatiques passent d'un *maximum* à un *minimum*. Elles cessent d'avoir la portée requise pour liquider le litige entre les Parties intéressées; elles se bornent à avoir la portée suffisante pour donner un corps à ce litige. Nous voici placés sur un terrain beaucoup plus limité, qui est celui de la nécessité d'un *différend*, comme condition de recevabilité d'une action.

Mais que cette condition soit exigée, nous ne l'avons jamais nié. Nous écrivions déjà dans nos observations sur les exceptions préliminaires au paragraphe 55, et nous avons insisté la-dessus dans notre plaidoirie:

« Tout ce que l'on peut demander, en l'absence de clause spéciale, c'est que la question soumise à la Cour ait atteint, suivant l'heureuse expression du professeur Waldock, le *stade du différend*. »

Après cette importante concession de la Partie adverse, le champ de la controverse s'est fort restreint. La nécessité d'épuiser les négociations diplomatiques écartée et une fois reconnu qu'il suffit de l'existence d'un différend, la seule question qui se pose sur le plan juridique est de savoir s'il existe plusieurs manières de *révêler* un différend ou s'il doit nécessairement se manifester par des négociations entre les Parties.

La question ne semble pas d'une importance capitale, tout au moins en l'espèce, où de très longues négociations qui ont dégagé le caractère du différend se sont développées — des négociations qui ont dépassé ce qui aurait été raisonnablement exigible, même si les Parties avaient été assujetties à la condition de leur emploi jusqu'à rencontre d'un point mort.

C'est toutefois l'examen de cette question qui a rempli presque toute la partie de la réplique relative à la troisième exception. Nos éminents contradicteurs soutiennent qu'un différend ne peut se constater que grâce à des négociations. Mais ils ne fournissent pas de raisons convaincantes à l'appui de leur point de vue et ils ont contre eux la jurisprudence de la Cour.

Nous avons déjà fait ressortir, la semaine dernière, que d'après cette jurisprudence un différend consiste en une simple « divergence d'opinions ou de vues »; et qu'une semblable divergence s'établit « aussitôt qu'un des Gouvernements constate que l'attitude de l'autre est contraire à sa manière de voir ». La Cour dit même expressément que « le différend n'a pas à se manifester sous forme de négociations diplomatiques ».

C'est ce qui ressort de multiples arrêts, et parmi eux, de ceux rendus dans les affaires de *Mavrommatis*; de *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*; de *l'Interprétation des arrêts nos 7 et 8 relatifs à l'Usine de Chorzów*; des *Emprunts serbes*; de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*; de *l'Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie*.

Tous ces arrêts sont cités dans le compte rendu de la séance du 30 septembre (pp. 109 et suivantes) avec la transcription des passages qui intéressent ce problème et sur lesquels, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, nous attirons respectueusement votre attention.

Nos distingués contradicteurs cherchent à minimiser la portée de quelques-uns de ces arrêts, mais, je crois, sans nullement y parvenir. Ainsi, au sujet des affaires relatives à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, et à *l'Interprétation des arrêts nos 7 et 8 (Usine de Chorzów)*, ils ont dit que

« l'objet du différend était déjà indiqué clairement dans la convention sur laquelle était fondée la juridiction de la Cour, de sorte qu'il suffisait d'une référence unilatérale à ces dispositions pour définir la nature du différend et son objet ». (Compte rendu, p. 213.)

L'argument est sans valeur, me semble-t-il.

Considérons l'affaire de la *Haute-Silésie*. Le traité qui dans ce cas servait de base à la juridiction de la Cour était la convention de Genève. Par son article 23, il soumettait à cette juridiction les *divergences d'opinions* qui pourraient s'élever entre le Gouvernement allemand et le Gouvernement polonais. Mais quelles étaient ces divergences d'opinions? Toutes celles — *quelles qu'elles fussent* — qui découleraient de l'inter-

prétation et de l'application des articles 6 à 22 de la convention de Genève. Or les différends n'étaient indiqués dans cette convention qu'en des termes *génériques* et *abstrait*s. Il n'existait nullement une *prédétermination* de l'objet de chaque différend *concret* susceptible de s'élever.

Regardons maintenant l'affaire de l'*Interprétation des arrêts n^{os} 7 et 8 (Usine de Chorzów)*. Là non plus, l'objet du différend n'était pas *prédéterminé* par une convention spéciale, pour le simple motif qu'il s'agissait d'interpréter des arrêts rendus antérieurement.

Les considérations de nos contradicteurs relatives à l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* n'ont pas davantage de valeur. Il est vrai que dans cette affaire la Cour n'a pas admis l'existence d'un différend quant à une certaine partie de la requête de l'État demandeur. Mais il n'a pas agi ainsi parce qu'il n'y avait pas eu de négociations; il l'a fait parce que, en la matière, on n'était pas parvenu à établir de divergences de vues entre les Gouvernements intéressés.

En ce qui concerne l'affaire des *Emprunts serbes*, dit-on finalement, la Cour reconnu que des négociations diplomatiques avaient existé, comme d'ailleurs il en existe dans la plupart des cas. Mais elle n'a pas déclaré qu'elles fussent *obligatoires*. Et elle fit consister le différend entre les États dans la divergence de vues qui les séparait. Ici encore la tentative faite pour atténuer la portée des cas de jurisprudence invoqués par nous se révèle, je crois, infructueuse.

* * *

Sur quoi s'appuient nos contradicteurs pour justifier leur thèse?

Cet appui, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, ils croient le trouver dans l'affaire de l'*Asile diplomatique* et dans le récent ouvrage de Rosenne sur « *The International Court of Justice* » (Leyden, 1957).

Mais l'arrêt sur l'affaire de l'*Asile diplomatique* ne dit rien d'où on puisse conclure que le différend ou la contestation doivent se manifester au moyen de négociations. Au contraire, en suivant une jurisprudence parfaitement assise, il le définit: *divergence de vues*; et si, dans le cas concret, il nie son existence, c'est parce qu'« une telle contestation n'a même pas pu se manifester d'une manière quelconque » (*Recueil 1950*, p. 403). « Une manière quelconque » aurait donc servi, d'après l'arrêt, à faire apparaître le différend.

Quant à Rosenne, il ne donne, lui non plus, aucun appui véritable au point de vue indien.

Dans un passage cité par nos contradicteurs de son ouvrage (compte rendu, p. 212), Rosenne déclare expressément qu'en cas d'absence de négociations diplomatiques « l'existence d'un différend sera difficilement établie ». L'auteur soutient que, sans négociations, il sera *difficile* d'établir l'existence d'un différend; mais il n'affirme pas que cela soit *impossible*.

L'autre passage cité par la Partie adverse se rapporte à des affaires où l'acte même conférant la juridiction rendait essentiel le recours à des négociations préalables, donc à des affaires différentes de notre espèce; et les arrêts que l'auteur mentionne se bornent à constater que l'instance a été introduite après l'échec de négociations diplomatiques sans que la doctrine de la nécessité de ces négociations ait été formulée.

Il est intéressant d'ailleurs de noter que dans la même page où se trouve le passage cité par nos adversaires (p. 361), Rosenne déclare expressément qu'« il n'y a ni principe, ni règle de droit international exigeant que l'introduction d'une instance soit précédée de négociations diplomatiques ». L'auteur ajoute que, dans la pratique, il arrivera rarement qu'une demande ne soit pas précédée de *quelques* négociations diplomatiques; mais il ne les considère nullement comme *essentiels*.

En résumé: les rares cas de jurisprudence et de doctrine invoqués par la Partie adverse finissent, ici encore, par se révéler contraires à son point de vue.

* * *

Du reste, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, toute cette discussion soulevée par nos contradicteurs ne dépasse pas, pour ce qui nous intéresse, le stade d'une discussion purement théorique.

Il y a eu en effet, entre le Portugal et l'Inde, avant la présentation de notre requête, un échange abondant de correspondance diplomatique où l'existence du différend juridique soumis à l'appréciation de la Cour s'est manifestée ouvertement.

Nous avons déjà mis ce fait en évidence, non seulement dans nos observations écrites (par. 56 à 75), mais encore au cours de la séance du 1^{er} octobre (compte rendu, pp. 119 et suivantes).

Cette démonstration, nous semble-t-il, n'a été affectée en rien par l'argumentation adverse.

Il nous paraît donc suffisant de faire les remarques suivantes:

1) Il n'est pas exact que nous ayons modifié notre demande dans les observations sur les exceptions préliminaires, ni à n'importe quel autre endroit. Nous nous sommes bornés à rectifier l'erreur d'interprétation dans laquelle est tombé le Gouvernement indien, quant à la véritable portée de cette demande.

2) Il n'est pas exact non plus que la correspondance diplomatique échangée entre les deux Gouvernements n'ait pas eu trait à la matière qui fait l'objet de nos conclusions quant au fond du litige.

3) En effet le Portugal a réclamé avec insistance le droit de passage par le territoire de l'Inde pour assurer les liaisons entre son territoire du Daman (Damao littoral) et ses territoires enclavés de Dadrá et de Nagar-Aveli.

4) Il a réclamé ce droit en termes généraux. Sa note du 6 septembre 1954 et celle n° 2 du 6 août 1955, en particulier, en font foi. Cette dernière note, à laquelle la Partie adverse ne fait aucune allusion dans sa réplique, est spécialement catégorique. On y dit que l'accès qui y est réclamé est un *droit de l'État portugais*, dont l'existence est affirmée *solemnellement* et auquel correspond une *obligation* de l'Union indienne.

5) Il est parfaitement inexact que la responsabilité de l'arrêt des négociations diplomatiques doive retomber sur le Portugal. Elle incombe, au contraire, à l'Inde. Il suffit, pour le mettre en évidence, de rappeler que la note du 6 août 1955, envoyée par le Gouvernement portugais après que le Gouvernement de l'Inde lui avait demandé de fermer sa légation à New-Delhi, est restée sans réponse.

Cette note est la dernière de la correspondance entre l'Inde et le Portugal et elle est fort postérieure à celle citée par nos contradicteurs.

6) Enfin, on pourrait rappeler, s'il en était besoin, un argument avancé par nous pendant la séance du 1^{er} octobre (compte rendu, p. 125) et auquel nos adversaires n'ont pas répondu. Les conclusions peuvent être précisées au cours du procès et la Partie adverse elle-même n'a pas manqué d'user de cette faculté. Dans ces conditions, il est inadmissible de prétendre que l'objet du litige doit être défini dans son entier et immuablement, avant même l'introduction de l'instance.

* * *

Nous allons maintenant, avec votre permission, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, entamer l'examen de la sixième exception indienne.

Le premier fait qu'il m'appartient de souligner, c'est que la Partie adverse a introduit en dernière heure de profondes modifications dans sa manière de concevoir et de présenter cette exception, et qu'elle lui donne dans la réplique un très grand développement qui m'oblige, à mon tour et malgré moi, d'être plus long que je ne voudrais.

Comment avait-elle, tout d'abord, exposé cette exception?

Elle l'avait exposée dans les termes suivants (par. 198 à 201 et 202 F des exceptions préliminaires): Le Gouvernement indien contestait que le Portugal eût revendiqué un droit de passage aux enclaves entre 1891 (soit à l'expiration du traité luso-britannique de 1878) et la présentation de notre requête d'introduction de la présente instance. Mais il prévoyait l'*hypothèse* où nous serions arrivés à prouver que nous avions présenté cette revendication, et elle déclarait que, *dans cette hypothèse*, les faits prouveraient que notre revendication avait été contestée. Elle déduisait pour finir que, *si l'hypothèse se vérifiait*, le différend se rapporterait à une situation antérieure au 5 février 1930 et, comme tel, serait exclu du champ d'acceptation par l'Inde de la juridiction de la Cour, en vertu de la limitation *ratione temporis* qu'elle contient.

Notre éminent contradicteur, sir Frank Soskice, dans son exposé du 27 septembre, maintint, en substance, cette position, à la seule différence qu'il remonta à une date antérieure à 1891, soit jusqu'à 1818, qui marque la fin de la période mahratte.

Et telle fut encore la position définie dans les conclusions lues par M. l'Attorney-General à cette même séance du 27 septembre.

Jusqu'à cette date, la sixième exception se présentait comme *conditionnelle*, comme subordonnée, dans l'esprit de la Partie adverse, à la production d'une certaine preuve, que d'ailleurs nous prétendions — et prétendons — déjà contenue dans le dossier.

Mais, dans leur réplique, nos adversaires ont donné à la sixième exception une physionomie entièrement différente, comme on peut le constater par la plaidoirie de M. l'Attorney-General de l'Inde du 7 octobre.

Ce nouvel aspect les a amenés à modifier les conclusions relatives à cette exception, ainsi qu'il ressort du compte rendu de la séance du 8.

L'exception se présente maintenant comme *inconditionnelle*: elle est indépendante de toute preuve nouvelle ou de toute discussion quant au fond. Elle possède, d'autre part, un contenu *différent et plus ample*.

Nous foulons ainsi un terrain en grande partie vierge, vers lequel nos adversaires nous ont déroutés par une déviation de dernière heure.

Comment nos adversaires justifient-ils ce détour? Ils le font en prétendant avoir appris seulement par les plaidoiries des avocats portu-

gais que le Portugal soutient avoir possédé dans des temps anciens un droit de passage reconnu par les États voisins (compte rendu, p. 225).

Or la vérité est que nos adversaires ne peuvent en aucune façon prétendre que ce n'est que par nos plaidoiries qu'ils ont eu connaissance de ce point de vue portugais. Ils ne peuvent pas le prétendre parce que ce point de vue a été clairement énoncé dès le début du procès. Il l'a été, notamment, dans un passage de notre mémoire, lu par M. l'Attorney-General dans le discours même auquel nous nous rapportons, celui du 7 octobre (compte rendu, p. 231). C'est le passage suivant (mémoire, par. 50):

« Le transit entre le Damão et les enclaves, ou entre les enclaves elles-mêmes, correspond à un usage ancien, continu et uniforme, observé comme un droit de l'État portugais et comme une obligation de l'État limitrophe.

Ce transit a toujours été pratiqué comme une nécessité, comme un moyen indispensable pour que le Portugal puisse exercer sa souveraineté sur les enclaves. Les faits qui attestent l'existence de cette pratique ont été suffisamment précisés dans la première partie du présent mémoire pour qu'il soit nécessaire d'y revenir.

Un titre historique en résulte, qui suffirait au besoin pour donner un fondement solide au droit revendiqué dans le litige actuel. Qu'on le rattache à la notion de prescription ou à celle de coutume, peu importe. Les deux notions ont des connexions étroites et il est parfois difficile de les distinguer nettement. Ce qui est certain, c'est qu'un usage s'est développé pacifiquement, avec le consentement et même la participation active des États voisins intéressés; c'est que cet usage, consolidé par le temps, confère au Portugal un droit qui ne peut plus être remis en question et qui existerait à son profit, même à défaut de tout autre titre. »

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comment peut-on affirmer en face de ce texte que ce n'est que par nos plaidoiries que nous avons fait connaître notre opinion que le Portugal possède depuis longtemps un droit de passage entre Damão et les enclaves, droit reconnu successivement par les Mahrattes, les Anglais et les Indiens?

* * *

Mais, laissons là ces observations préliminaires sur la sixième exception et examinons celle-ci dans sa forme actuelle.

Cette exception se fonde, comme on sait, sur la limitation *ratione temporis* de la juridiction de la Cour, contenue dans la déclaration indienne du 28 février 1940. Suivant cette limitation, l'acceptation de la juridiction de la Cour par l'Inde comprend seulement les différends s'élevant après le 5 février 1930, relativement à des situations ou faits postérieurs à cette date. Ce qui veut dire que sont exclus de ladite juridiction:

- 1) les différends qui se sont élevés antérieurement au 5 février 1930;
- 2) les différends qui, bien que s'étant élevés postérieurement à cette date, se rapportent à des situations ou à des faits antérieurs à elle.

Or, selon la dernière version de la sixième exception de l'Inde, le différend actuellement soumis à la Cour échapperait à sa juridiction pour deux motifs: d'abord parce que, d'après nos contradicteurs, il se serait

élevé avant le 5 février 1930; ensuite parce que, toujours selon eux, il se rapporterait à des situations ou faits antérieurs à cette date.

Il suffit, je crois, d'énoncer ces propositions pour dès maintenant en discerner la fragilité. Mettons-la en lumière.

A cette fin, il s'impose avant toute autre chose de définir le différend soumis à la Cour. Sans quoi toute la discussion courrait le risque de demeurer vaine.

Le différend doit être défini, en ce qui concerne ses *sujets* et en ce qui concerne son *objet*.

Quant à ses *sujets*, c'est un différend entre le Portugal et l'Inde. Les deux États sont les Parties entre lesquelles il existe. Il semble oiseux de le rappeler, mais il y a cependant avantage à le préciser pour éviter de tomber dans la même confusion que la Partie adverse.

Quant à son *objet*, le différend se traduit par une *prétention juridique du Portugal* à l'accès à Dadrá et à Nagar-Aveli et par la *contestation* par l'Inde de cette *prétention*. Le Portugal prétend avoir le droit de passage à ses enclaves; il revendique ce droit et veut l'exercer; mais l'Inde n'accepte pas cette *prétention*.

C'est en cela que consiste cette *divergence d'opinions ou de vues* entre deux États, qui, selon l'orientation constante de la jurisprudence de la Cour, caractérise la notion de différend, comme nous avons eu l'honneur de le démontrer en réfutant la troisième exception indienne.

Ainsi défini le différend soumis à la Cour, examinons s'il est exclu de la juridiction de la Cour en vertu de la limitation *ratione temporis* de la déclaration de l'Inde. S'agit-il d'un différend qui se soit élevé avant le 5 février 1930? S'agit-il au moins d'un différend relatif à des situations ou à des faits antérieurs à cette date?

A ces deux questions, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, on ne peut répondre que par la négation.

Envisageons la première.

Quand le différend, actuellement soumis à la Cour, s'est-il élevé? En d'autres termes, *quand* la divergence d'opinions ou de vues, base de la présente action, s'est-elle manifestée?

Le différend sous la forme qui fait l'objet de cette instance s'est incontestablement élevé en 1954.

Ce différend est celui qui ressort de toute la correspondance diplomatique échangée entre les Gouvernements portugais et indien de juillet 1954 à août 1955, et à l'examen de laquelle nous avons eu l'honneur de procéder au cours d'une séance précédente.

Comment peut-on prétendre que ce différend se situe à une date antérieure au 5 février 1930?

Dans leur réplique, nos contradicteurs affirment qu'il est la continuation d'un conflit d'opinions qui remonte, au moins, à 1818 comme d'ailleurs, disent-ils, on en trouve la trace dans notre mémoire (compte rendu, p. 229).

Cette assertion n'est pas exacte.

Il n'a jamais existé jadis un conflit du même genre; rien de tel ne ressort de notre mémoire ni du reste du dossier.

De plus, si semblable conflit s'était produit, ce ne serait pas lui qui serait en cause. Le conflit en cause est celui qui, depuis 1954, existe entre le Portugal et l'Inde. Il date de l'interruption, à cette époque, des communications avec les enclaves imposées par l'Inde. Il prit forme au moment où le Gouvernement portugais protesta contre cette rupture

et réclama l'accès aux enclaves, mais se heurta à l'opposition ouverte de la part du Gouvernement de l'Inde. C'est cette divergence-là — et aucune de celles qui ont pu ou auraient pu s'élever par aventure en d'autres temps avec d'autres États (tels les États mahratte ou britannique), à propos d'autres événements.

Nos adversaires, du reste, ne se montrent pas, eux-mêmes, très convaincus de l'excellence de leur doctrine. Au point que, après avoir formulé la conclusion exposée, ils ajoutent (compte-rendu, p. 229)

« Mais, que cette conclusion soit juste ou non... ».

* * *

Après avoir démontré que nous sommes en présence d'un différend qui a surgi après — bien après — le 5 février 1930, puisqu'il s'exprime dans une correspondance diplomatique de 1954 à 1955, demandons-nous maintenant si ce différend se rapporte à des situations ou à des faits antérieurs à cette date.

Ici il nous faut définir ce que l'on entend par *des situations ou des faits auxquels un différend se rapporte*. Cette notion a été parfaitement élucidée par les arrêts rendus dans les affaires des *Phosphates du Maroc* et de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie*. Ces arrêts sont catégoriques. Ils considèrent comme pertinents, pour l'effet envisagé, *uniquement* les situations ou les faits *générateurs du différend*. Cela signifie qu'il faut voir quelles situations et quels faits ont engendré le différend; quelles situations et quels faits ont fait naître entre les États cette divergence d'opinions constitutive du différend.

Ces situations ou ces faits sont-ils antérieurs à la date fixée dans la déclaration d'acceptation de la juridiction de la Cour? Si oui, le différend échappe à cette juridiction. Sont-ils postérieurs? Le différend en relève.

Ainsi, dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, où l'Italie était demanderesse, et la France défenderesse, la Cour a déclaré:

« ... seuls relèvent de la juridiction obligatoire les situations ou les faits postérieurs à la date de la ratification au sujet desquels s'est élevé le différend, c'est-à-dire ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend ». (Série A/B, n° 74, p. 23.)

Et dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité*, où la Belgique était demanderesse, et la Bulgarie défenderesse, la Cour, après avoir rappelé la décision par elle formulée dans la susdite affaire, a de nouveau exprimé la même doctrine:

« Les situations ou les faits qui doivent être pris en considération au point de vue de la juridiction obligatoire acceptée dans les termes de la déclaration belge sont uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend. » (Série A/B, n° 77, p. 82.)

Or, en ce qui concerne notre différend, quelles sont les situations ou les faits qui l'ont engendré? Ce sont ceux qui se sont traduits par la rupture des communications avec les enclaves du fait de l'Union indienne en 1954, et par la persistance de cet état de choses. A un moment donné, l'Union indienne décida d'empêcher l'accès du Portugal à ses enclaves et mit en œuvre cette décision; depuis lors elle a maintenu cet état de choses.

Tels sont les faits et les situations qui ont donné naissance à la divergence de vues qui est à la base de notre demande. Le Portugal a réclamé l'accès aux enclaves; l'Inde le lui a refusé: ainsi est né le différend présenté devant la Cour.

Autrement dit, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, sont générateurs du différend les faits ou les situations que l'État demandeur signale comme étant *illicites*, c'est-à-dire comme ayant *violé* le droit qu'il invoque.

Le Portugal a cité l'Inde, contre qui elle invoque un droit d'accès aux enclaves et prétend le faire valoir. Mais pourquoi le Portugal a-t-il cité l'Inde? Il l'a citée parce qu'elle s'est opposée à cet accès en 1954, et s'y oppose depuis lors. Cette *opposition* est l'*acte illicite* que le Portugal lui reproche. Cette opposition est donc l'élément générateur du différend.

Telle analyse s'accorde parfaitement avec les conclusions du Gouvernement portugais qui figurent au paragraphe 60 de son mémoire (I, p. 33). Il y est expressément demandé à la Cour de déclarer que l'Inde *doit* respecter notre droit de passage aux enclaves et qu'elle a agi et continue d'agir *contrairement à cette obligation*; et il lui est demandé, en outre, d'inviter l'Inde à mettre fin à cet *état de choses illicite*.

Cet agissement illicite, voilà le fait ou la situation qui a engendré le différend. Il est postérieur — de beaucoup — au 5 février 1930. La limitation *ratione temporis* contenue dans la déclaration indienne ne fonctionne donc pas.

Il est intéressant de noter, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, que la Cour dans l'affaire des *Phosphates du Maroc* a admis, et dans celle de la *Compagnie d'Électricité* a rejeté l'exception préliminaire soulevée par l'État demandeur sous couvert d'une réserve analogue à celle qui nous occupe. Mais dans les deux cas, la Cour s'est laissé guider par le même critère, qui est celui que nous nous efforçons d'exposer.

Ainsi: dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour a admis l'exception soulevée par le Gouvernement français. Pourquoi? Parce que la situation dénoncée par le Gouvernement italien comme *illicite* était *antérieure* à la date limitative de la compétence de la Cour (Série A/B, n° 74, pp. 25-26).

Dans l'affaire de la *Compagnie d'Électricité*, la Cour a rejeté l'exception soulevée par le Gouvernement bulgare. Pourquoi? Parce que la situation dénoncée par le Gouvernement belge comme *illicite* était *postérieure* à la date limitative de la compétence de la Cour (Série A/B, n° 77, pp. 81-82).

Dans ce second cas, le Gouvernement bulgare soutenait que la situation au sujet de laquelle le différend avait surgi remontait à une époque antérieure; cette situation était, prétendait-t-il, celle déterminée par les sentences du Tribunal arbitral mixte belgo-bulgare. Cette affirmation, toutefois, ne fut pas acceptée, et pourquoi? Parce que les sentences n'étaient pas considérées comme *illicites* par le Gouvernement belge. Celui-ci ne se plaignait pas des sentences; ce dont il se plaignait, c'était de la façon dont les autorités bulgares les appliquaient. Les actes d'*application* des sentences étaient les actes *incriminés* et, comme tels, les seuls dont il fallait tenir compte pour limiter *ratione temporis* la compétence de la Cour. Les sentences étaient au centre de la discussion; mais même ainsi on leur déniait le rôle d'éléments générateurs du différend parce qu'elles ne revêtaient pas — même d'après le point de vue de l'État demandeur — un caractère illicite.

* * *

Monsieur l'Attorney-General de l'Inde a soutenu que la limitation *ratione temporis* doit entrer en jeu dans notre cas, au moins dans la mesure où la thèse du Portugal se fonde sur une coutume établie de longue date (compte rendu, p. 229). Et il a poursuivi :

« Nous aboutissons également à la même conclusion sur la thèse du Portugal si nous prenons pour base les autres sources invoquées. »

Cette opinion, à notre avis, est entièrement inacceptable et absolument contraire à la jurisprudence établie.

D'après nos contradicteurs, l'invocation même des principes généraux du droit excluerait notre différend de la juridiction de la Cour, parce qu'ils voient dans ces principes un certain rapport avec les enclaves et celles-ci existent depuis 1789.

On peut dire que, d'après une thèse semblable, un État qui aurait soumis son acceptation de la juridiction à une limitation *ratione temporis* pourrait toujours, ou presque toujours, se soustraire à la compétence de la Cour. Il suffirait, par exemple, que fût en discussion un traité ou une coutume antérieure à la date établie; et ceci ne manquerait pas d'arriver le plus souvent.

* * *

Qu'il me soit permis de citer ici de nouveau l'arrêt rendu à propos de l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* :

« Les situations ou les faits qui doivent être pris en considération au point de vue de la juridiction obligatoire acceptée dans les termes de la déclaration belge sont uniquement ceux qui doivent être considérés comme générateurs du différend. Une telle relation n'existe pas entre le différend actuel et les sentences du Tribunal arbitral mixte; celles-ci constituent la source des droits revendiqués par la Société belge, mais ce ne sont pas elles qui ont donné naissance au différend. »

Nous dirons, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, avec les transpositions de termes voulues :

Une telle relation n'existe pas entre le différend actuel et la coutume et les autres titres invoqués par le Portugal; ceux-ci constituent la source des droits revendiqués par le Portugal, mais ce ne sont pas eux qui ont donné naissance au différend.

Il convient, en réalité, de ne pas confondre les titres ou sources du droit (principes généraux, traité, coutume) avec les actes de violation de celui-ci. Ce ne sont pas les premiers — contrairement à ce que pensent nos adversaires — qui ont donné naissance au différend; ce sont les seconds.

Les premiers — les titres ou sources — peuvent être fort anciens. Mais leur invocation en faveur du droit revendiqué ne fait pas, ne peut pas faire fonctionner la limitation *ratione temporis* de la juridiction. Cette limitation n'entre en jeu que si les faits ou situations *incriminés*, comme ayant violé ce droit, se situent à une date antérieure à celle prévue dans la clause de juridiction. Ce n'est pas notre cas, car l'état

de choses illicite dont le Portugal se plaint dans ce procès est très postérieur à la date du 5 février 1930 fixée par la déclaration indienne.

* * *

La Partie adverse cite un passage de l'arrêt sur les *Phosphates du Maroc* (Série A/B, n° 74, p. 24), selon lequel les différends basés sur des éléments postérieurs et sur des éléments antérieurs à la date prévue dans la limitation *ratione temporis* sont exclus de la juridiction de la Cour si les premiers (les éléments postérieurs) sont simplement le développement ou la confirmation des seconds (les antérieurs). Mais l'arrêt ajoute — il faut le souligner — « alors que ceux-ci [les éléments antérieurs] constituent les véritables éléments générateurs du différend ».

La Partie adverse ne peut donc tirer de ce passage aucun argument, car, par-dessus le marché, il lui faudrait démontrer que dans notre affaire les faits ou situations antérieurs au 5 février 1930 sont, comme le dit l'arrêt, « les véritables éléments générateurs du différend ». Et elle n'a pas fait cette démonstration, ni ne pourrait la faire, comme on l'a déjà fait ressortir. L'invocation du passage cité constitue donc une *vraie pétition de principe*.

* * *

Monsieur l'Attorney-General de l'Inde prétend — au sujet de la sixième exception — qu'il n'y a pas de contradiction entre les écrits du professeur Waldock et les thèses indiennes (compte rendu, p. 231).

Qu'il me soit permis de ne pas partager son opinion.

Ici encore cette contradiction saute aux yeux. Elle existe, notamment, en ce qui a trait au mode d'interprétation des clauses de limitation *ratione temporis* de la juridiction de la Cour.

La Partie adverse soutient que ces clauses doivent être interprétées dans un sens *large* (compte rendu, p. 229). Elles doivent donc, à son sens, être interprétées de manière à accentuer la limitation de la juridiction de la Cour, en lui retirant le plus grand nombre possible de différends.

Le professeur Waldock soutient exactement le contraire. Il écrit, en effet, dans son étude sur le *Decline of the Optional Clause*, déjà tant de fois citée (p. 271 du *British Year Book of International Law*):

« La plupart des différends postérieurs — je traduis de l'anglais — auront trait à des situations ou à des faits dont l'histoire remonte à pas mal d'années, et une interprétation large de la limitation pourrait mener à une sévère diminution du nombre des questions couvertes par la déclaration. Mais la limitation est énoncée de façon objective et la Cour n'a pas eu de peine à la circonscrire en soutenant qu'une situation, ou un fait antérieur doit, pour faire jouer la limitation, être celle, ou celui, qu'on trouve à l'origine du différend. Un État ne saurait donc, par un recours spécieux à des liens ténus entre un différend récent et une situation ou un fait passé, se servir de cette forme de limitation comme d'une *escape clause* générale. »

Le professeur Waldock condamne donc l'interprétation *large* que l'Inde défend. Il la condamne en faisant ressortir qu'elle pourrait conduire à une restriction abusive du nombre des questions couvertes par la déclaration.

Disons au passage que celui qui a raison, il me semble, c'est le professeur Waldock.

L'acceptation de la juridiction représente le *principe général*; la limitation *ratione temporis*, une *exception* à ce principe. La limitation *ratione temporis* est donc *exceptionnelle* et, comme telle, doit être interprétée *restrictivement*.

Une interprétation large annulerait pratiquement le sens de l'acceptation de la juridiction de la Cour. Surtout selon l'interprétation de nos adversaires, qui par le recours aux inévitables liens entre présent et passé essaient — pour employer l'image du professeur Waldock — de transformer leur réserve de limitation *ratione temporis* en une véritable « *escape clause* ».

* * *

Nos éminents contradicteurs cherchent à tirer argument du fait que, à titre subsidiaire, nous ayons demandé l'adjonction de la sixième exception au fond.

Mais l'argument est dépourvu de valeur.

Comme je l'ai dit au début, nous avons formulé ladite demande parce que la Partie adverse avait subordonné cette exception à une production de preuves et à une discussion au fond (compte rendu, p. 226 *et seq.*)

Dans les nouvelles conclusions que M. l'Attorney-General de l'Inde a lues sur cette même exception, elle apparaît, comme nous avons déjà eu l'occasion de le signaler, sous une forme différente, une forme indépendante de la production de preuve et de discussion au fond (compte rendu, p. 236).

Cette circonstance, aussi bien que le fait que dans les nouvelles conclusions indiennes on déclare, pour la première fois, que le différend soumis à l'appréciation de la Cour s'est élevé avant le 5 février 1930, nous oblige à employer pour la sixième exception le droit que nous nous sommes réservé de modifier ou de compléter nos conclusions.

C'est pourquoi, avec votre autorisation, Monsieur le Président, je présenterai à la Cour nos conclusions rectifiées, relatives à la sixième exception, après que le professeur Bourquin aura terminé son intervention.

* * *

Nous n'avons plus, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, qu'à faire quelques brèves observations au sujet de l'attitude de la Partie adverse à l'égard de notre huitième conclusion. Ces observations sont les suivantes:

1) Nous nous sommes limités à demander qu'il plaise à la Cour de rappeler aux Parties « le principe universellement admis, d'après lequel elles doivent faciliter l'accomplissement de la mission de la Cour, en s'abstenant de toute mesure pouvant exercer une influence préjudiciable sur l'exécution de ses décisions, ou entraîner soit une aggravation, soit une extension du différend » — principe consacré par l'ordonnance du 5 décembre 1939, relative à l'affaire de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* (Série A/B, n° 79, p. 199).

2) Il est impossible d'opposer à cette demande l'article 41 du Statut, invoqué par la Partie adverse, car il ne s'agit pas d'une demande d'indication de mesures conservatoires ni d'aucune demande analogue.

3) D'ailleurs, aux termes de l'article 61 du Règlement, « une demande en indication de mesures conservatoires peut être présentée à tout moment au cours de la procédure relative à l'affaire au sujet de laquelle elle est introduite », et il appartient évidemment à l'État intéressé de décider s'il fera usage de cette faculté et à quel moment.

4) Le motif de la demande que nous avons formulée réside dans l'intérêt général qu'il y a à respecter un principe universellement admis, dont l'observation est fondamentale pour la bonne administration de la justice, et qui prend une importance particulière, comme on l'a fait ressortir dans l'ordonnance en question, quand la procédure traîne.

5) C'est pourquoi nous regrettons que la Partie adverse n'ait pas déclaré vouloir se conformer à ce principe élémentaire et au contraire ait fait opposition, d'ailleurs sans fondement, à ce que la Cour l'invoque.

6) Nous faisons, enfin, toutes réserves relativement aux déclarations de M. l'Attorney-General de l'Inde sur la situation des enclaves portugaises de Dadrá et de Nagar-Aveli, émises au cours de la séance du 8 octobre 1957 (compte rendu, pp. 234-235). Mais nous retenons l'affirmation selon laquelle les enclaves ne sont plus administrées par le Portugal depuis plus de trois ans — situation de fait qui ne porte aucune atteinte aux droits du Portugal et qui est la conséquence de l'empêchement où celui-ci a été mis d'accéder auxdites enclaves.

* * *

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, le Portugal croit aux normes supérieures de conduite auxquelles doivent se soumettre, dans leurs actes, aussi bien les individus que les peuples.

Le Portugal croit à la justice, dont vous, Messieurs les Juges, membres de cette auguste Cour, êtes les interprètes les plus qualifiés et les dépositaires les plus dignes. C'est cette croyance en la justice qui a déterminé le Portugal à soumettre à votre haute appréciation les revendications juridiques qui font l'objet de la requête du 22 décembre 1955 et du mémoire qui a suivi.

Notre instance est un acte de foi, acte de foi en la force invincible de la justice, acte de foi en la réalité vivante et en la suprématie du droit international.

Je finis mon argument. Il ne me reste qu'à vous remercier respectueusement, Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, de l'attention avec laquelle vous avez bien voulu entendre mes paroles.

[Audience publique du 11 octobre 1957, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, comme je l'ai annoncé hier, je vais présenter, soumettre à la Cour au nom du Gouvernement portugais de nouvelles conclusions en ce qui concerne la sixième exception. Je vais lire ces nouvelles conclusions :

Attendu que le Gouvernement indien, par sa déclaration du 28 février 1940, a accepté la juridiction de la Cour en ce qui concerne tous différends qui s'élèveraient après le 5 février 1930 relativement à des situations ou à des faits postérieurs à cette date ;

Attendu qu'aux termes de la requête introductive d'instance, le différend dont la Cour est saisie a pour objet :

a) la reconnaissance du droit de passage existant au profit du Portugal entre ses territoires enclavés de Dadra et de Nagar-Aveli et entre ceux-ci et son territoire de Daman (Daman du littoral);

b) la constatation que l'Inde a empêché et continue à empêcher l'exercice de ce droit; et

c) que l'Inde doit immédiatement mettre fin à cette situation;

Attendu que l'antériorité des titres sur lesquels la demande est fondée n'entre pas en considération lorsqu'il s'agit de faire application de la réserve de la déclaration indienne du 28 février 1940 sur laquelle est basée la sixième exception préliminaire;

Attendu, d'autre part, que les situations et les faits qui doivent être pris en considération pour l'application d'une telle réserve sont uniquement ceux qui sont générateurs du différend;

Attendu que le différend, porté devant la Cour en vertu de la requête portugaise du 22 décembre 1955 et dont l'objet est rappelé ci-dessus, est incontestablement postérieur au 5 février 1930;

Attendu qu'il en est de même des situations et des faits générateurs de ce différend;

Pour ces motifs,

Plaise à la Cour,

Rejeter la sixième exception préliminaire du Gouvernement de l'Inde.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, une fois encore je vous remercie de la bienveillante attention avec laquelle vous m'avez entendu.

14. DUPLIQUE DE M. M. BOURQUIN

(CONSEIL DU GOUVERNEMENT DE LA RÉPUBLIQUE DU PORTUGAL)
AUX AUDIENCES PUBLIQUES DU 11 OCTOBRE 1957

[Audience publique du 11 octobre 1957, matin]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour.

Les arguments que j'ai eu l'honneur de présenter en plaidoirie n'ont été ébranlés, me semble-t-il, sur aucun point, par nos adversaires. Je dirai même qu'ils ont été confirmés, car il n'y a rien de tel, pour éprouver la valeur d'une thèse, que de la voir passer au crible d'une discussion — surtout quand la critique en est faite par des juristes aussi éminents que ceux qui représentent le Gouvernement de l'Inde.

La première, la deuxième et la quatrième exceptions préliminaires ont un trait commun. Elles se rattachent toutes les trois à la déclaration par laquelle le Gouvernement portugais a accepté la juridiction obligatoire de la Cour, et en vertu de laquelle il a porté le présent litige devant votre haute juridiction.

Nous avons rencontré, dans nos écritures, l'argumentation subtile et compliquée que nos adversaires ont cru pouvoir présenter pour soutenir, soit que la déclaration elle-même serait nulle, soit que le dépôt de notre requête aurait été prématuré. Je me suis attaché, dans ma plaidoirie, à suivre également leur raisonnement pas à pas. Ce serait abuser du temps de la Cour que de le faire à nouveau, car il me paraît évident que ce raisonnement n'est, d'un bout à l'autre, qu'un échafaudage d'hypothèses dénuées de tout fondement.

Première hypothèse: Le sens qu'on attribue à l'une des réserves dont la déclaration portugaise se trouve assortie, et dont on prétend inférer que cette déclaration serait nulle.

Nous nous sommes expliqués sur ce point dans les paragraphes 9 à 14 de nos observations écrites sur les exceptions préliminaires. J'y suis revenu dans mon exposé oral du 1^{er} octobre (compte rendu, pp. 133-135).

Il suffit de lire le texte de la réserve incriminée pour se rendre compte de sa portée. Il est clair qu'elle n'autorise aucunement le Gouvernement portugais à réduire le champ de ses obligations à l'égard d'un différend dont la Cour serait déjà saisie.

Il est clair, pour tout esprit non prévenu, que nous sommes simplement devant une clause de révision, et que la notification par laquelle le Portugal ferait éventuellement usage de cette clause ne prendrait effet — ce sont les termes mêmes de la réserve — qu'à la date où elle aurait été remise au Secrétaire général des Nations Unies.

D'autres États — comme l'Inde — se sont réservé le droit de *dénoncer* leur déclaration à tout moment et sans préavis. Le Portugal, lui, s'est réservé le droit de la *réviser*.

Quelle différence y a-t-il entre les deux cas? C'est que dans le premier — celui de la dénonciation —, l'obligation prendrait fin complètement; tandis que, dans le second — celui de la révision —, elle ne prendrait fin que partiellement. Elle serait simplement restreinte, au lieu d'être anéantie.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, le droit qui est ainsi réservé ne pourrait pas affecter le sort d'un différend porté devant la Cour. De même que le Gouvernement de l'Inde ne pourrait pas invoquer sa réserve de dénonciation pour soustraire à la Cour le présent litige, de même le Portugal ne pourrait pas invoquer sa réserve de révision pour soustraire à la juridiction de la Cour un différend dont celle-ci serait déjà saisie. Le texte est clair, je le répète, et n'autorise aucune autre interprétation.

Je ferai d'ailleurs remarquer — comme je l'ai fait en plaidoirie — que si le Gouvernement portugais, par je ne sais quelle aberration, prétendait donner à sa réserve un autre sens et voulait en faire usage pour se dérober à la juridiction de la Cour, par une notification postérieure à l'introduction de l'affaire, son attitude se heurterait à l'opposition certaine de la Cour. Car il ne faut pas oublier qu'en cas de contestation sur sa compétence, c'est la Cour elle-même qui décide (art. 36, par. 6). Et il ne faut pas oublier non plus que, d'après une jurisprudence bien établie, la situation juridique des Parties, en ce qui concerne la juridiction de la Cour, est fixée par le contenu de leurs obligations réciproques au moment de la saisine, tout événement postérieur restant sans effet à cet égard. (Arrêt *Nottebohm*.)

Nous avons constaté d'ailleurs, dans nos écritures et en plaidoirie, que si le Gouvernement de l'Inde *suggère la possibilité* d'une autre interprétation de notre réserve, il ne va pas jusqu'à prétendre que cette autre interprétation *s'impose*. Il se contente d'affirmer, sans aucune preuve d'ailleurs, qu'on pourrait éventuellement l'admettre. Nous sommes donc, comme je le disais tout à l'heure, devant une simple hypothèse.

Et nous répondons à cela qu'une interprétation hypothétique ne suffirait pas, en tout état de cause, pour justifier la première exception de la Partie adverse, c'est-à-dire pour condamner comme illicite, comme contraire aux prescriptions du Statut, la déclaration par laquelle le Gouvernement portugais a accepté la juridiction obligatoire de la Cour.

Mais je m'en voudrais d'insister davantage sur ce point.

Or si l'on donne à la réserve portugaise la portée que je viens de rappeler et qu'on ne peut pas raisonnablement lui refuser, que devient alors l'argumentation de nos adversaires? Comment le Gouvernement de l'Inde pourrait-il encore justifier la nullité de cette réserve et — par voie de conséquence — la nullité de la déclaration où elle figure?

Il en est réduit alors à prétendre que, d'après le système de la disposition facultative, les États adhérant à ce système devraient *avoir connaissance, à tout moment, de l'existence et de l'étendue précise des obligations assumées par d'autres États*.

Il en est réduit à soutenir que toute incertitude dans laquelle un État adhérant pourrait se trouver à cet égard — ne fût-ce que pour un laps de temps très court — serait en contradiction avec les exigences du système et suffirait pour entacher de nullité les déclarations qui rendraient possible une telle incertitude.

Je crois avoir démontré que cette thèse ne résiste pas à l'examen — non seulement parce qu'elle ne trouve aucun appui dans les dispositions du Statut, mais encore parce que l'incertitude — subjective et momentanée — dont se plaignent nos adversaires, est inhérente au système lui-même, — parce qu'elle se produit fatalement pour toutes les décisions que les États peuvent prendre à l'égard de ce système — soit

en y adhérant, soit en dénonçant leur déclaration, soit en revisant le contenu de celle-ci.

Ces décisions, les autres États n'en sont normalement avertis que par la copie que leur envoie le Secrétaire général, en vertu du paragraphe 4 de l'article 36. Or un certain décalage se produit nécessairement entre le moment où le Secrétaire général reçoit la communication qui lui est faite et le moment où les copies qu'il en envoie parviennent à leurs destinataires.

La critique que le Gouvernement de l'Inde adresse à la réserve portugaise aurait donc — si elle avait quelque valeur — une portée beaucoup plus large. Elle concernerait un des traits caractéristiques du système, une des conséquences normales de son fonctionnement. Elle viserait le système lui-même.

Quel que soit l'angle sous lequel on considère les arguments produits par la Partie adverse pour soutenir la nullité de la réserve portugaise, on constate donc qu'ils sont dépourvus de tout fondement.

Par ailleurs, ainsi que j'ai eu l'honneur de le rappeler en plaidoirie, la première exception préliminaire de l'Inde comporte deux affirmations. Elle repose sur la nullité de la réserve; mais aussi — et même par-dessus tout — sur la nullité de la déclaration où cette réserve figure. Car la réserve elle-même n'a aucun rapport avec le présent litige. La nullité de la réserve ne serait pertinente que si elle entraînait la nullité de la déclaration en vertu de laquelle nous avons porté l'affaire devant votre haute juridiction.

Par conséquent, même si le Gouvernement de l'Inde avait réussi à convaincre la Cour de la nullité de la réserve, il lui resterait encore à démontrer que cette nullité contamine — si je puis ainsi dire — l'ensemble de la déclaration et qu'elle prive celle-ci de toute force obligatoire.

Je crois avoir suffisamment établi que, sur ce point comme sur les précédents, l'argumentation de nos adversaires est défailante.

La règle générale qui se dégage de la confrontation des droits internes prouve qu'en principe l'existence d'une clause illicite dans un acte juridique n'entraîne pas la nullité de l'acte lui-même.

La séparation est la règle; et cette règle ne doit céder que quand il est impossible de l'appliquer sans dénaturer l'essence de l'obligation; sans trahir la volonté manifeste du sujet de droit ou des sujets de droit dont l'acte émane.

C'est ce que j'ai eu l'honneur d'exposer à l'audience du 2 octobre (compte rendu, pp. 145 à 148).

Il ne me semble pas que, dans sa réplique, M. l'Attorney-General ait réfuté les observations que j'ai faites sur ce point. Je crois donc inutile d'y revenir.

Voilà pour la première exception.

Mais le Gouvernement de l'Inde, envisageant lui-même le rejet de cette exception, se livre à une autre attaque.

Il prétend que la *requête* par laquelle nous avons porté le différend devant la Cour serait prématurée et que cela la priverait de toute valeur.

C'est à quoi se rattachent les deuxième et quatrième exceptions préliminaires.

Ces deux exceptions ne se comprendraient évidemment pas si la première était fondée. Elles supposent, l'une et l'autre, que la déclai-

ration par laquelle le Portugal a accepté la juridiction de la Cour est valable.

Eh bien! dit le Gouvernement de l'Inde, même si votre déclaration est valable, votre requête ne le serait pas.

Pourquoi ne le serait-elle pas? Parce qu'au moment où elle a été remise au Greffe de la Cour, le Gouvernement de l'Inde n'avait pas encore reçu communication de la déclaration qui lui sert de base et que cette condition est nécessaire pour que la requête soit valable.

Telle est l'affirmation de nos adversaires. Que vaut-elle?

L'article 36, paragraphe 2, du Statut, qui est le siège de la disposition facultative, prévoit que les États peuvent reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour, de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre État acceptant la même obligation.

D'après ce texte, deux conditions sont requises pour que fonctionne le mécanisme de la disposition facultative.

Il faut, d'une part, que les États en litige aient déclaré, l'un et l'autre, adhérer au système de l'article 36, paragraphe 2; et il faut, d'autre part, que les obligations qui les lient de ce chef soient les mêmes; que leurs engagements coïncident. C'est le principe de la réciprocité.

Mais nos estimés contradicteurs ne se contentent pas de cela.

Aux deux conditions que je viens de rappeler, ils en ajoutent une troisième. D'après eux, il faudrait, en outre, qu'au moment où l'affaire est portée devant la Cour, le défendeur ait *connaissance* de la déclaration faite par le demandeur.

Si cette troisième condition n'était pas remplie, la requête, nous dit-on, serait sans effet.

Sur quoi nos estimés contradicteurs se basent-ils pour soutenir cette thèse?

Ils doivent bien admettre — car c'est l'évidence — qu'aucune disposition formelle du Statut ne la justifie.

Sans doute ont-ils fait valoir que le paragraphe 4 de l'article 36 fait un devoir au Secrétaire général des Nations Unies de transmettre copie des déclarations qu'il reçoit aux autres États qui sont parties au Statut, ainsi d'ailleurs qu'au Greffier de la Cour.

Mais cette disposition se contente de prescrire un devoir d'information au Secrétaire général.

Elle ne s'adresse pas aux États eux-mêmes et elle ne concerne ni le sort, ni les effets de leurs déclarations.

Nos adversaires sont obligés d'en convenir.

Parlant de la disposition de l'article 36, paragraphe 4, à l'audience du 24 septembre, le professeur Waldock a reconnu qu'elle « ne dit rien » — ce sont ses propres termes —, qu'elle « ne dit rien sur les droits d'un nouvel adhérent à la disposition facultative envers les États déjà liés par la disposition avant transmission à ceux-ci d'une copie de la déclaration du nouvel adhérent ». (Compte rendu, p. 136.)

Ainsi, la condition supplémentaire à laquelle le Gouvernement de l'Inde prétend subordonner la validité de notre requête — c'est-à-dire la connaissance préalable par l'État défendeur de la déclaration faite par le demandeur sur pied de l'article 36 —, cette condition ne résulte d'aucune disposition du Statut.

Le Gouvernement de l'Inde est donc obligé de chercher ailleurs.

Ce n'est pas sur le texte du Statut qu'il s'appuie, mais sur un *principe* qui, d'après lui, serait implicitement contenu dans le système de la disposition facultative.

Le principe qu'il invoque est celui de l'égalité des États, et il croit en trouver la source dans le caractère consensuel des liens juridiques se formant entre les États qui acceptent la juridiction de la Cour en vertu de l'article 36, paragraphe 2, du Statut.

Monsieur le Président et Messieurs de la Cour, je pense m'être suffisamment expliqué sur ce point à l'audience du 2 octobre (compte rendu, pp. 151 à 155) pour n'avoir plus à le faire en détail aujourd'hui.

Les déclarations par lesquelles les États acceptent le système de la disposition facultative sont incontestablement, en elles-mêmes, des actes unilatéraux. Ce qui crée un lien consensuel entre ces États, c'est la coïncidence de leurs déclarations ou plus exactement, c'est la disposition de l'article 36, paragraphe 2, qui établit une réciprocité de droits et d'obligations entre les États acceptant la même obligation.

Le Gouvernement de l'Inde devrait donc démontrer, pour justifier sa thèse, que ce caractère consensuel, tel qu'il vient d'être rappelé, exige la connaissance préalable, par chaque État contractant, de la déclaration de l'autre.

Le Gouvernement de l'Inde fait-il cette démonstration?

Certainement non, car le caractère consensuel d'un lien juridique est parfaitement compatible avec l'ignorance par l'une des Parties de la déclaration de volonté de l'autre. Les contrats par correspondance et la pratique moderne des conventions collectives assorties de clauses d'adhésion en fournissent de nombreux témoignages.

Au surplus, le Gouvernement de l'Inde s'est trouvé dans l'impossibilité de soutenir jusqu'au bout la thèse de *la connaissance préalable*, à laquelle il s'était d'abord accroché pour prétendre que le dépôt de notre requête serait prématuré. Il a été obligé d'y renoncer parce qu'il s'est rendu compte des conséquences inadmissibles qu'elle entraînerait.

Ces conséquences, je les ai indiquées — ou, tout au moins, j'en ai indiqué quelques-unes — à l'audience du 2 octobre (compte rendu, pp. 154 et 155).

Constatant que la position était intenable, nos adversaires l'ont modifiée.

Au lieu d'affirmer que la connaissance *réelle* de la déclaration par l'autre Partie était nécessaire pour permettre au demandeur de porter l'affaire devant la Cour, ils se sont contentés d'exiger, pour cela, l'écoulement d'un certain délai, depuis le moment où la déclaration a été remise au Secrétaire général des Nations Unies. Mais en prenant pareille attitude, ce n'est pas une simple rectification qu'ils ont apportée à leur thèse; c'est un changement radical qu'ils lui ont fait subir.

Et, en effet, à l'expiration du délai que l'on prévoit pour permettre l'introduction de la requête, rien ne dit que la Partie défenderesse aura effectivement connaissance de la déclaration du demandeur.

Nous sommes donc sur un tout autre plan.

La conception initiale est abandonnée. On lui substitue une conception différente, où la connaissance réelle fait place à l'écoulement d'un certain délai. Et il est facile de se rendre compte que l'argumentation présentée par nos adversaires pour essayer de justifier leur théorie de la connaissance *effective* ne s'applique aucunement à leur nouvelle théorie du délai de rigueur.

S'il suffit de laisser s'écouler un certain temps pour introduire une requête devant la Cour, même si l'autre Partie ignore, à ce moment-là, l'existence de la déclaration, que vient faire le principe de l'*égalité des*

États? Comment peut-on dire qu'on se trouve en présence d'une exigence de ce principe, puisque, à l'expiration du délai, les situations seront peut-être tout à fait inégales? Puisque l'État contre lequel la requête est introduite n'aura peut-être pas connaissance de la déclaration, alors que l'autre État la connaîtra évidemment, puisque c'est lui qui l'a faite?

Et comment pourrait-on encore s'appuyer sur le caractère consensuel du lien juridique, puisque, au point de vue du consentement des Parties, la situation n'est pas nécessairement différente, à l'expiration du délai, de ce qu'elle était au moment où la déclaration a été faite?

Nos estimés contradicteurs semblent ne pas s'être aperçus qu'en substituant la notion du « délai nécessaire » à celle de la « connaissance effective », ils savaient les bases mêmes de leur argumentation.

Par ailleurs, on nous parle d'un délai qu'il faudrait laisser s'écouler avant de porter le différend devant la Cour. Mais quel est ce délai? On n'en sait rien. On n'en dit rien. Le Gouvernement de l'Inde avoue qu'arrivé à ce point, il se trouve en face d'une « lacune » du Statut.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je parlais tout à l'heure d'un échafaudage d'hypothèses. L'expression ne me paraît vraiment pas exagérée.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, la réponse que nous faisons à la deuxième exception préliminaire vaut également pour la quatrième, puisque l'une et l'autre sont basées sur la prétention que le dépôt de notre requête aurait été prématuré, une requête ne pouvant être introduite, d'après la Partie adverse, que lorsque l'État défendeur a connaissance de la déclaration par laquelle le demandeur a accepté la juridiction de la Cour, ou — seconde version à laquelle le Gouvernement de l'Inde s'est finalement rallié — lorsqu'un délai raisonnable s'est écoulé depuis le dépôt de cette déclaration.

La faiblesse de l'argumentation indienne se vérifie dans les deux cas.

Toutefois, certaines observations supplémentaires doivent être faites au sujet de la quatrième exception.

Dans sa deuxième exception, le Gouvernement de l'Inde s'abstient d'indiquer le préjudice que lui aurait causé le présentation rapide de notre requête. Il ne dit pas en quoi sa situation vis-à-vis du présent litige aurait été modifiée si le Gouvernement du Portugal, au lieu d'introduire cette requête le 22 décembre 1955, l'avait introduite par exemple au début du mois de janvier 1956, c'est-à-dire à un moment où le texte de la déclaration portugaise était connu à la Nouvelle-Delhi (comme il ressort des indications fournies au paragraphe 39 des exceptions préliminaires). Nous pouvons aisément deviner ce qui se serait passé. Mais c'est un point sur lequel nous ne sommes pas officiellement renseignés.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne la quatrième exception. En présentant cette quatrième exception, le Gouvernement de l'Inde ne cache pas le motif de son regret et de sa récrimination. Il se plaint, en effet, que le dépôt rapide de notre requête l'ait empêché de faire usage, à son profit, de la clause de révision insérée dans la déclaration portugaise. Cette clause aurait permis au Portugal de réduire le champ d'application de sa déclaration en en excluant certaines catégories de différends.

Le Gouvernement de l'Inde prétend qu'en vertu du principe de réciprocité, il aurait pu invoquer lui-même ce droit et restreindre la portée de son propre engagement s'il avait connu à temps la déclaration portugaise. Son grief, c'est que nous l'aurions frustré de l'exercice de ce droit en introduisant trop tôt notre requête.

Ici, nous sommes donc fixés. Mais, comme je l'ai fait observer en plaidoirie, le Gouvernement de l'Inde avait un autre moyen d'obtenir le résultat dont il prétend avoir été privé par le dépôt rapide de notre requête. En effet, sa déclaration de 1940 lui réservait le droit de la dénoncer, sans préavis, à tout moment. Il pouvait donc à tout moment dénoncer cette déclaration et la remplacer par une autre ayant une portée plus restreinte. C'est d'ailleurs ce qu'il a fait le 7 janvier 1956. Rien ne l'empêchait de le faire plus tôt, à un moment où l'affaire n'était pas encore portée devant la Cour. Il n'était aucunement nécessaire pour cela d'invoquer le principe de la réciprocité et, par conséquent, de connaître le texte de la déclaration portugaise.

En toute hypothèse, il serait donc inexact de prétendre que la date du dépôt de notre requête aurait eu pour effet de priver de son droit — à supposer que ce droit existât réellement — le Gouvernement de l'Inde.

Autre remarque concernant la quatrième exception.

Nous avons signalé en plaidoirie (compte rendu, p. 156) qu'en soulevant la quatrième exception, le Gouvernement de l'Inde reconnaissait implicitement que la réserve portugaise, dont il conteste la validité, doit bien être interprétée comme nous le faisons et non comme ayant un effet rétroactif, ainsi qu'on l'a suggéré de l'autre côté de la barre. Malgré la dénégation que M. l'Attorney-General a présentée à l'audience du 7 octobre, cela nous paraît tout à fait évident.

En effet, si le droit de revision prévu dans cette réserve pouvait être exercé avec effet rétroactif, c'est-à-dire pour soustraire à la juridiction de la Cour un litige dont elle serait déjà saisie, le fait que le Gouvernement de l'Inde n'avait pas connaissance de la réserve au moment où l'affaire a été portée devant la Cour ne l'empêcherait nullement de l'invoquer en cours d'instance. Puisqu'il se plaint d'avoir été privé de ce qu'il considère comme une conséquence du principe de réciprocité, c'est qu'il reconnaît que la réserve en question ne peut plus être invoquée après l'introduction de l'instance.

Nous avons fait observer également qu'il existe un manque de concordance entre la quatrième et la deuxième exception en ce qui concerne la condition à laquelle serait subordonnée la validité de notre requête. Ce manque de concordance, j'ai eu l'honneur de l'indiquer en plaidoirie, à l'audience du 2 octobre (compte rendu, p. 160). M. l'Attorney-General ne semble pas avoir été convaincu par nos observations. Elles me paraissent cependant irréfutables.

Pour la deuxième exception, on nous dit que la requête peut être valablement déposée dès qu'il s'est écoulé un délai suffisant pour permettre à l'autre Partie de recevoir la communication du Secrétaire général des Nations Unies transmettant copie de la déclaration, même si à l'expiration de ce délai cette communication n'est pas encore arrivée en fait à son destinataire.

Or il est évident que cette exigence serait tout à fait insuffisante pour remplir les conditions prévues dans l'argumentation présentée à l'appui de la quatrième exception. Si l'État défendeur doit avoir eu la possibilité de faire application à son profit de la réserve portugaise avant l'introduction de l'instance, il faut, de toute nécessité, qu'il en ait eu réellement connaissance avant cela. Bien mieux, il faut qu'après en avoir pris connaissance, on lui ait laissé le temps d'en faire usage lui-même en notifiant au Secrétaire général les catégories de différends qu'il prétend

exclure de sa propre déclaration. Je ne vois pas comment on pourrait échapper à cette nécessité.

Nous sommes donc en présence de deux exigences différentes.

D'après la deuxième exception, il suffit que l'État demandeur laisse s'écouler, à partir du moment où il fait sa déclaration, un délai suffisant pour permettre que, dans des circonstances normales, la copie envoyée par le Secrétaire général arrive à destination — sans qu'il soit cependant nécessaire qu'elle y soit réellement parvenue.

D'après la quatrième exception, il faut non seulement que la communication du Secrétaire général ait effectivement atteint son destinataire, mais encore qu'il se soit écoulé, après cela, un certain délai pour que l'État auquel la communication est parvenue ait eu le temps d'exercer le droit que l'Inde revendique en vertu du principe de la réciprocité.

Quelle que soit la façon dont on présente les choses de l'autre côté de la barre, il me paraît impossible d'échapper à cette vérité très simple.

Nous sommes en pleine incohérence. Et c'est un risque que l'on court souvent, quand on fausse compagnie aux textes pour se livrer à des argumentations conjecturales.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en dehors des remarques particulières que je viens d'avoir l'honneur d'énoncer, la thèse soutenue par nos estimés contradicteurs à l'appui de leur quatrième exception présente un défaut ou, plus exactement, deux défauts majeurs qui la rendent inacceptable. Et c'est sur ce point qu'il convient surtout d'insister.

Le premier de ces deux défauts, c'est d'attribuer au principe de la réciprocité une portée qu'il n'a pas dans le système de la disposition facultative. Ce principe, tel qu'il est énoncé à l'article 36 du Statut, s'applique à la situation juridique des Parties devant la Cour. Il concerne l'étendue de leurs obligations quant à la juridiction de la Cour. Il est étranger aux événements qui peuvent se produire en dehors de la Cour avant que celle-ci soit appelée à exercer sa juridiction. Le principe de la réciprocité énoncé à l'article 36 ne couvre aucunement les mesures que les États déclarants peuvent être amenés à prendre, soit en vue d'abroger, soit en vue de réviser leurs déclarations. C'est au moment où la Cour est saisie d'un litige que la question de sa juridiction se pose. C'est à ce moment-là qu'il s'agit de savoir si les Parties en cause sont soumises à cette juridiction.

Elles ne peuvent l'être qu'en vertu des engagements qui les lient à ce moment-là. Si les engagements sur lesquels repose l'obligation où elles se trouvent de se soumettre à la juridiction de la Cour résultent des déclarations unilatérales qu'elles ont faites en vertu de la disposition facultative, la Cour est amenée à déterminer l'étendue de ces engagements. Et ce que prescrit l'article 36 du Statut, c'est que cette étendue sera déterminée sur la base de la réciprocité. L'article 36 ne dit rien de plus. Nos estimés contradicteurs ont été dans l'impossibilité de citer une phrase quelconque du Statut pouvant être invoquée à l'appui de leur interprétation extensive.

Ne trouvant pas de texte qui appuie cette interprétation, ils se sont référés à trois décisions de la Cour. Ils ont mentionné les décisions relatives à l'affaire des *Phosphates du Maroc*, à celle de la *Compagnie d'Électricité de Sofia et de Bulgarie* et à celle des *Emprunts norvégiens*. Mais aucune de ces décisions n'apporte le moindre appui à leur thèse. Les applications qu'elles font du principe de réciprocité ne concernent, en effet, que l'étendue des obligations des Parties dans des litiges dont la

Cour était saisie. La thèse avancée par nos adversaires à l'appui de leur quatrième exception est donc basée sur une interprétation à notre avis inadmissible du principe de la réciprocité.

Mais elle présente un autre défaut.

En soulevant cette quatrième exception, le Gouvernement de l'Inde ne se contente pas de demander à la Cour de consacrer l'interprétation extensive de la réciprocité dont je viens de parler. Il lui demande beaucoup plus que cela. Il lui demande de dire qu'une requête introductive d'instance est sans valeur quand la date où elle a été présentée a fait perdre au défendeur l'occasion de se baser sur cette fausse interprétation de la réciprocité, pour modifier la portée de sa déclaration en excluant de celle-ci certaines catégories de différends.

Car — ne l'oublions pas — l'objet de la quatrième exception est de faire prononcer *par la Cour la nullité de la requête introductive d'instance.* La fausse interprétation du principe de la réciprocité n'est qu'un *argument* dont le Gouvernement de l'Inde se sert à l'appui de sa thèse. La thèse, c'est que la requête portugaise est nulle parce que prématurée. Et cette nullité, comment essaie-t-on de la justifier? En soutenant que, si la requête avait été présentée plus tard, le Gouvernement de l'Inde aurait eu la possibilité de réduire à temps la portée de son engagement; d'en exclure certaines catégories de litiges, de manière à empêcher le Portugal de faire appel, en l'espèce, à la juridiction de la Cour.

Je crois qu'il suffit de placer cette prétention sous son véritable jour pour en faire apparaître la faiblesse.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il est impossible, je crois, d'avoir suivi la controverse qui s'est développée entre les Parties, dans leurs écritures d'abord, dans leurs exposés à la barre ensuite, sans constater avec surprise que le Gouvernement de l'Inde n'a pas réussi à découvrir, en faveur des thèses qu'il soutient à l'appui de sa première, de sa deuxième et de sa quatrième exception, un seul élément de jurisprudence ou de doctrine. Et cependant, nous pouvons être convaincus que ce procès-verbal de carence n'est pas dû à une négligence de sa part. Les efforts multiples et persévérants que ses conseils ont déployés pour justifier son point de vue écartent pareille hypothèse.

S'ils n'ont rien trouvé, c'est qu'il n'y a rien. Aucun auteur ayant étudié le mécanisme de la disposition facultative ne lui attribue la portée que lui donnent nos adversaires. Tous, au contraire, confirment les vues que le Gouvernement portugais a l'honneur de défendre. Parmi les plus distingués d'entre eux figure précisément un des conseils du Gouvernement de l'Inde, le professeur Waldock.

M. l'Attorney-General a tenté, sinon de se débarrasser de ce témoignage gênant, au moins de le minimiser, en signalant que, dans son étude du *British Year Book of International Law* de 1955/1956, le professeur Waldock adresse des critiques au système de la disposition facultative et signale certaines conséquences, à son avis regrettables, de ce système. Nous n'avons pas à discuter ici la valeur de ces considérations, car elles sont étrangères au procès.

Il y a, dans l'étude du professeur Waldock, deux aspects différents, que M. l'Attorney-General confond peut-être trop aisément. Il y a le commentaire de l'article 36, l'exposé du système *de lege lata*. Et il y a la critique de ce système.

Les lois en vigueur font souvent l'objet de critiques. Quel est, par exemple, le contribuable qui n'est pas enclin à trouver injustes ou

inoportunes certaines lois fiscales? Et cependant, ces lois sont juridiquement obligatoires. Et les tribunaux les appliquent.

Il en est de même pour la Cour. L'article 38, paragraphe 1, de son Statut énumère les règles dont elle fait application. Ce sont des règles consacrées par le droit en vigueur. Les États qui acceptent la juridiction de la Cour se soumettent d'avance à l'application de ces règles.

Quand ils veulent sortir du cadre de la *lex lata* et faire juger leurs contestations *ex aequo et bono*, il faut qu'ils se mettent d'accord pour en prier la Cour. Et encore la Cour n'a-t-elle aucune obligation de donner suite à cette demande. L'article 38, paragraphe 2, le dit clairement.

L'Inde et le Portugal ont accepté la juridiction de la Cour et l'application du droit existant aux différends qu'ils lui soumettent. Or le droit existant, en ce qui concerne le mécanisme de la disposition facultative, le professeur Waldock l'a décrit avec une clarté et une précision qui ne laissent rien à désirer. Il n'offre aucun appui aux prétentions actuelles de l'Inde. Il est en contradiction évidente avec elles.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'aborde maintenant la cinquième exception préliminaire, la dernière dont j'aie à parler.

La réponse que nous y faisons me paraît très simple, mais je suis bien obligé de constater qu'elle ne paraît pas avoir convaincu nos estimés contradicteurs, car dans la réplique de M. l'Attorney-General, je n'ai trouvé, à son sujet, que la répétition des malentendus que j'avais essayé de dissiper.

Pour ne pas abuser de la patience de la Cour, je me bornerai à rappeler quelques points essentiels.

L'effort de la Partie adverse, en ce qui concerne cette cinquième exception, tend essentiellement à se libérer d'un fardeau et à le rejeter sur nos épaules.

Dirons-nous que c'est le fardeau de la preuve? On a objecté qu'il ne s'agissait pas ici de « preuve » au sens rigoureux du mot. Pour éviter toute discussion sur ce point, j'emploierai une autre expression et je parlerai du fardeau de la « démonstration ».

Le Gouvernement de l'Inde voudrait nous l'imposer.

Il aurait sans doute raison s'il s'agissait, en ce moment, de débattre le fond du litige.

Le jour où la procédure prévue par le Statut de la Cour pour l'examen du fond aura atteint son point final et où la Cour se retirera pour délibérer sur l'objet de notre demande, nous devons avoir fait la démonstration du bien-fondé de cette demande, sous peine de perdre notre procès.

Mais on semble oublier de l'autre côté de la barre que nous ne sommes pas en train de discuter le fond. Nous sommes en train de discuter une exception préliminaire, dont le but est précisément de faire obstacle à l'examen du fond.

En soulevant des exceptions préliminaires, le Gouvernement de l'Inde demande que la procédure contentieuse, telle qu'elle est organisée par le Statut et par le Règlement de la Cour, ne suive pas son déroulement normal.

Il demande que cette procédure soit arrêtée *in limine litis*.

On nous objecte que le droit de soulever des exceptions préliminaires est prévu à l'article 62 du Règlement. D'accord. Mais une exception préliminaire est une « exception ». C'est une demande tendant à ce que la règle ne soit pas appliquée. Et la règle, ici, c'est la procédure organisée

par les articles 43 et suivants du Statut et par les articles correspondants du Règlement de la Cour.

L'exception, pour être admise, doit être justifiée. Or elle ne l'est que quand il est établi que la demande est irrecevable, soit en raison de l'incompétence de la Cour, soit pour un autre motif. Et c'est évidemment à l'État, au Gouvernement qui soulève l'exception, qu'il appartient de la justifier.

Il en est ainsi pour toutes les exceptions préliminaires.

Seulement, quand l'exception est basée — comme c'est le cas pour celle dont nous nous occupons en ce moment — sur la prétention que l'objet du différend échapperait au droit international et relèverait exclusivement de la juridiction nationale du défendeur, alors il y a une difficulté spéciale qui se présente. Elle résulte de ceci : que, pour apprécier le fondement de pareille prétention, il faut s'engager dans l'examen du fond — alors que l'État qui soulève l'exception prétend écarter cet examen.

Cet État demande à la Cour d'arrêter la procédure avant le débat au fond. Et d'autre part, la raison qu'il invoque ne peut pas être admise — ou rejetée — sans considérer les titres que le demandeur présente à l'appui de sa demande.

Il y a là une contradiction.

La seule façon de la résoudre, c'est de joindre l'exception au fond, c'est-à-dire d'attendre que le déroulement normal de la procédure ait permis à la Cour de se faire une idée exacte de la valeur des titres invoqués par le demandeur. A ce moment-là, la Cour pourra se prononcer en connaissance de cause sur le fondement de l'exception; et si elle estime que cette exception est justifiée, elle se déclarera incompétente et elle s'abstiendra de faire droit à la demande qui lui est soumise.

Mais admettre l'exception en tant qu'exception *préliminaire*, c'est-à-dire écarter, arrêter la procédure avant l'examen du fond, c'est priver le demandeur d'un droit qu'il tire du Statut de la Cour et c'est risquer de commettre à son détriment une grave injustice. C'est l'empêcher d'établir le fondement de sa demande dans un débat contradictoire au fond, alors que ce débat serait nécessaire pour apprécier les points de vue opposés des Parties sur l'exception elle-même.

Comme je l'ai rappelé en plaidoirie, les deux Parties se trouvent, à cet égard, dans des situations très inégales. Si l'exception préliminaire est jointe au fond, les droits du défendeur ne sont aucunement compromis. Au contraire, si l'exception préliminaire est admise et si la procédure est arrêtée *in limine litis*, le demandeur n'a plus aucune possibilité d'obtenir gain de cause. Pour lui, la défaite est consommée. Aussi la jonction au fond est-elle, en pareil cas, la solution à laquelle s'arrêtent de préférence les juridictions internationales.

Pour que l'exception fût admise *in limine litis*, il faudrait que les titres invoqués par le demandeur fussent *manifestement dépourvus de valeur*. Il faudrait qu'un examen sommaire de ces titres fût jugé suffisant pour les écarter *a priori*.

Nous avons cité, dans nos écritures, et j'ai rappelé en plaidoirie les observations qui ont été faites à ce sujet par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Décrets de nationalité en Tunisie et au Maroc*, par M. Max Huber dans l'affaire des *Biens britanniques au Maroc* et par le professeur Waldock dans son article du *British Year*

Book of International Law de 1954, « *The Plea of Domestic Jurisdiction before International Legal Tribunals* ». (Compte rendu, pp. 171-173.)

Je crois superflu d'y revenir.

Si le Gouvernement de l'Inde ne réussit pas à convaincre la Cour qu'il suffit de soumettre à un examen sommaire les titres invoqués par le Portugal à l'appui de sa demande pour établir que ces titres sont manifestement dépourvus de pertinence, qu'ils ne peuvent évidemment pas servir de base à une discussion judiciaire de la demande portugaise, la Cour ou bien rejettera l'exception préliminaire, ou bien la joindra au fond.

Cette démonstration a-t-elle été faite par nos estimés contradicteurs?

Certainement non. Et on peut même dire qu'ils se sont chargés de démontrer le contraire, — qu'ils se sont chargés de démontrer l'impossibilité de faire droit à leur conclusion sur l'exception préliminaire par un examen sommaire des titres.

Il suffit, en effet, de constater les efforts énormes qu'ils ont déployés, sans succès d'ailleurs, pour essayer de jeter le discrédit sur les titres dont le Portugal fait état; il suffit de faire cette constatation pour se rendre compte qu'un examen « sommaire » de ces titres ne suffit pas, en toute hypothèse, pour les condamner sans rémission.

Cent trente-trois paragraphes de leurs exceptions préliminaires sont consacrés à cette tâche, sans parler du véritable volume de documents qu'ils y ont annexé et qui couvre 400 pages. A quoi vient s'ajouter la plaidoirie de sir Frank Soskice, complétée par un exposé doctrinal du professeur Guggenheim; sans compter une partie importante de la réplique de M. l'Attorney-General.

Or, sur presque tous les points de cette longue et complexe argumentation, les affirmations et les interprétations de l'Inde sont contestées par le Portugal.

N'est-ce pas la preuve que, pour en dégager la conclusion certaine — une conclusion bien établie suivant les méthodes judiciaires —, un débat approfondi est indispensable? Et cette seule constatation démontre que la cinquième exception ne peut pas être admise *in limine litis*.

[Audience publique du 11 octobre 1957, après-midi]

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je m'abstiendrai de répéter les observations que j'ai eu l'honneur de présenter à la Cour, dans ma plaidoirie, en ce qui concerne les différents titres que nous invoquons à l'appui de notre demande, aucune des observations en question ne me paraissant avoir été affaiblie par la réplique de nos estimés contradicteurs. La Cour me permettra de m'en tenir à quelques constatations.

La première constatation que je tiens à faire, c'est que nos adversaires manifestent un désir particulièrement vif de se débarrasser, si possible, des titres généraux que nous faisons valoir.

A l'appui de sa demande, le Gouvernement portugais invoque d'une part des principes généraux de droit et une coutume générale — c'est-à-dire des règles de droit international valables pour tous les États; — et il invoque ensuite des titres particuliers, à savoir des conventions et une coutume locale, qui concernent ses rapports spéciaux avec les souverains successifs de l'Inde.

Il est manifeste que la Partie adverse voudrait beaucoup éliminer les titres de la première catégorie. C'était visible déjà dans ses exceptions préliminaires; ce l'est devenu davantage encore à mesure que se sont développées les plaidoiries orales. On a essayé de présenter les principes généraux dont nous nous prévalons comme n'ayant aucune consistance. On a dit qu'ils ne répondaient pas aux intentions des rédacteurs du Statut de la Cour. On les a suspectés d'être des suppôts, si je puis dire, du droit naturel. On a prétendu qu'ils étaient vides de sens. Que n'a-t-on pas dit pour les discréditer? Quant à la coutume générale, on a affirmé qu'elle ne comprenait aucun droit analogue à celui que nous réclamons.

J'ai répondu à ces condamnations sommaires et dénuées de toute justification. Je crois superflu de répéter la critique que je m'étais permis d'en faire en plaidoirie.

La Cour m'autorisera cependant à attirer son attention sur un des arguments dont nos adversaires se sont servis à cette fin. Comme ces arguments, qui avait fait son apparition dans les exceptions préliminaires et auquel nous avons répondu dans nos observations, a été repris à la barre par M. l'Attorney-General, je crois utile d'en dire quelques mots.

La Cour sait que nous avons pris soin de signaler, au paragraphe 42 de notre mémoire, que notre demande n'est aucunement liée à la théorie des servitudes internationales.

Dans ses exceptions préliminaires, le Gouvernement de l'Inde reconnaît que cette théorie est discutable et il déclare ne pas avoir l'intention de l'examiner à fond. Seulement — chose curieuse — cela ne l'empêche pas d'en faire usage, en affirmant que les droits revendiqués par le Portugal seraient de même « nature » que les servitudes, que ce seraient des droits « analogues aux servitudes ». (C'est dit aux paragraphes 163 et 165 des exceptions préliminaires.)

Pourquoi le Gouvernement de l'Inde essaie-t-il de lier ainsi, malgré tout, notre demande à la théorie des servitudes? C'est parce que, d'après lui, une servitude ne pourrait résulter que du consentement exprès de l'État sur le territoire duquel elle s'exerce. Par conséquent, dit-il, le Portugal devrait établir que le souverain territorial a expressément consenti à la création des droits qu'il revendique.

Si ce raisonnement était admis, les titres généraux dont nous faisons état seraient écartés. Nous ne pourrions justifier notre demande que par la production de titres particuliers, et c'est précisément le but auquel on veut manifestement arriver.

Mais que vaut ce raisonnement? Il ne faut pas, me semble-t-il, une bien longue réflexion pour se rendre compte qu'il est dénué de tout fondement.

A supposer même que l'existence d'une servitude ne puisse résulter, comme on le prétend, que du consentement exprès du souverain territorial, pour appliquer cette règle aux droits qui sont revendiqués par le Portugal il faudrait, de toute évidence, démontrer que ces droits doivent être assimilés aux servitudes; qu'ils sont de la même nature que les servitudes. Mais comment le faire sans commencer par définir la notion de servitude en droit international?

Pour justifier cette conclusion, le Gouvernement de l'Inde devrait remplir trois conditions. Il devrait commencer par donner une *définition précise* de la notion de servitude internationale et par *justifier* cette définition à la lumière du droit positif. Il devrait prouver ensuite qu'une telle servitude ne peut effectivement résulter que du consentement exprès

du souverain territorial. Et il devrait démontrer, enfin, que les droits revendiqués par le Portugal présentent toutes les caractéristiques qui sont propres aux servitudes et qui les distinguent des autres droits.

Or cette démonstration le Gouvernement de l'Inde ne la fait en aucune façon. Et il serait bien embarrassé de la faire. Il serait embarrassé de la faire d'abord parce que les juristes n'ont jamais réussi à se mettre d'accord sur une théorie précise des servitudes internationales. Cette théorie a été inspirée par des analogies avec le droit privé. Mais, comme le constate le professeur Guggenheim dans son *Traité de droit international public* (tome I, p. 396) — je cite :

« On ne saurait tirer aucune conséquence juridique du fait que la servitude internationale est analogue à la servitude du droit privé. »

Et l'auteur ajoute — ce qui est l'évidence même — :

« ... la doctrine n'est pas unanime sur les caractéristiques de la servitude internationale. Si l'on considère (c'est toujours le professeur Guggenheim qui parle) comme servitude toute autorisation relative au territoire accordée par l'État territorial à un autre sujet de droit, la notion, du fait même de sa généralité, *perd toute valeur pour la théorie et la pratique du droit international*. Si, par contre, on exclut certaines restrictions de la souveraineté de la catégorie des servitudes, *il devient impossible d'établir un critère reconnu d'une façon générale et permettant de décider quelles obligations d'abstention ou de tolérance doivent être désignées par ce terme...* » (pp. 396-397).

S'il est impossible d'établir le critère qui distingue les « servitudes » des autres obligations d'abstention ou de tolérance, si les suggestions faites à cet égard dans la doctrine sont trop différentes, trop contradictoires pour en dégager une définition qu'on puisse considérer comme l'expression du droit positif, il est, du même coup, impossible de soutenir que les droits invoqués par le Portugal seraient « analogues aux servitudes », qu'ils seraient de la même « nature » que les servitudes.

Cette constatation suffirait pour enlever toute valeur à la démonstration. Mais il y a plus. On affirme que les servitudes internationales ne peuvent avoir leur source que dans le consentement exprès du souverain territorial. Et comment peut-on le savoir si l'on n'a pas commencé par définir la notion de servitude internationale ?

Pour connaître les sources dont une situation juridique peut naître, il faut se mettre d'accord préalablement sur les caractères de cette situation. Ce n'est qu'après l'avoir définie qu'il sera possible de rechercher, par un examen attentif et impartial du droit positif, de quelle manière et suivant quel processus pareille situation peut prendre naissance.

Or quand on se réfère aux ouvrages de doctrine, où il est affirmé que les servitudes internationales ne peuvent dériver que du consentement de l'État territorial, on s'aperçoit d'une chose : c'est que cette affirmation résulte logiquement de la façon dont l'auteur comprend la notion même de servitude internationale ; c'est qu'elle découle logiquement de la définition qu'il a commencé par lui donner.

Je prends un exemple :

Au paragraphe 164 des exceptions préliminaires, le Gouvernement de l'Inde cite l'opinion exprimée à ce sujet dans le traité d'Oppenheim *International Law*. Il y est énoncé que « les servitudes d'États sont des

restrictions exceptionnelles *dérivant d'un traité* sur la suprématie territoriale d'un État ». La Partie adverse s'appuie sur ce texte pour nous dire : « Vous voyez bien que les servitudes ne peuvent dériver que d'un traité — Oppenheim le dit ! » Mais ce qu'elle oublie de noter, c'est que, pour Oppenheim, la *notion même* de servitude internationale est limitée *a priori* à des situations particulières, et qu'Oppenheim exclut de cette notion toutes les situations qui ont un caractère général, toutes celles qui trouvent leur base dans le droit international général :

« Il ne faut pas confondre (dit-il) les servitudes avec les restrictions à la souveraineté territoriale qui, d'après les règles du droit international, s'appliquent également à tous les États. Ces restrictions sont appelées des restrictions « naturelles » à la souveraineté territoriale — *servitutes juris gentium naturales* — par opposition aux restrictions conventionnelles — *servitutes juris gentium voluntariae* — qui constituent les servitudes d'États au sens technique du mot ¹. » (*International Law*, vol. I, 7^{me} édition, par. 203, p. 488.)

Ainsi Oppenheim commence par exclure de la notion de servitude toutes les restrictions qui résultent du droit international général. Il constate d'ailleurs que les auteurs ne sont pas tous du même avis ; et il mentionne comme ayant une opinion différente, par exemple, Heffter, Martens, Nys, Hall (p. 488, note 1). Mais pour lui, ces « *servitutes juris gentium naturales* » ne sont pas des servitudes d'États au sens technique du mot, ce terme devant être réservé aux servitudes conventionnelles, aux « *servitutes juris gentium voluntariae* ».

Voilà l'attitude qu'il prend quand il s'agit de définir la notion même de servitude internationale.

Or il est évident que si l'on admet ce postulat, les servitudes d'État ne peuvent *dériver que d'un traité*. Mais si l'on se référait aux auteurs qui donnent de la notion de servitude une définition plus large et qui englobent dans cette notion de servitude les « *servitutes juris gentium naturales* » — comme le font Heffner, Martens, Nys, Hall et d'autres —, on constaterait que, tout aussi logiquement, ces auteurs refusent de donner pour seule base aux servitudes internationales le droit conventionnel, et qu'ils admettent parfaitement qu'une servitude d'État peut avoir pour fondement des règles générales du droit des gens.

De part et d'autre, tout dépend de la définition que l'on donne des servitudes.

L'argumentation présentée par le Gouvernement de l'Inde pour écarter *a priori* les titres de caractère général que nous invoquons repose, on le voit ici, sur une simple *pétition de principe*. Elle nous ramène, ni plus ni moins, à la notion des servitudes internationales, à la question de savoir quels sont les caractères qui leur sont propres. Or, comme le dit le professeur Guggenheim, il est impossible d'établir, à cet égard, un critère commun.

La Cour voudra bien m'excuser de m'être arrêté quelque peu sur ce point. Mais c'est un exemple typique de la façon de raisonner de nos

¹ « Servitudes must not be confused with those general restrictions upon territorial supremacy which, according to certain rules of the Law of Nations, concern all States alike. These restrictions are named « natural » restrictions of territorial supremacy (*servitutes juris gentium naturales*), in contradistinction to the conventional restrictions (*servitutes juris gentium voluntariae*) which constitute State servitudes in the technical sense of the term. »

adversaires, et, en même temps, un signe assez frappant du zèle qu'ils déploient pour essayer d'écartier du débat les titres généraux sur lesquels nous nous appuyons, pour nous acculer — si je puis ainsi dire — à ne fonder notre demande que sur des titres particuliers, exigeant le consentement du souverain local.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, à l'audience du 7 octobre, M. l'Attorney-General a fait grief au Portugal de soumettre à la Cour une demande imprécise et même d'avoir formulé cette demande dans des termes qui auraient varié au cours de la procédure. Voici comment il s'est exprimé sur ce point :

« Dans le mémoire, il est dit que ce droit comporte le « transit des personnes et des biens » ainsi que le passage des représentants du Gouvernement portugais et de forces armées. Dans les observations (paragraphe 117 et 118), il est revendiqué « un droit de transit international » mais sans immunité. Dans sa plaidoirie, le professeur Bourquin précise que ce que le Portugal demande (compte rendu, p. 177), « c'est que le Gouvernement indien ne rende pas « impossible l'administration des enclaves portugaises en bloquant « les voies de communication qui sont indispensables ». » (Compte rendu, p. 216.)

Je regrette que notre attitude ait été présentée sous ce jour. Si M. l'Attorney-General avait reproduit complètement les passages auxquels il se réfère, il aurait fait ressortir, au contraire, la continuité de la demande portugaise. Car les variations qu'on lui prête ne sont que dans l'imagination de nos contradicteurs.

Dans ma plaidoirie, je me suis efforcé de rectifier les erreurs commises à ce sujet par les représentants de l'Inde. Il ne me paraît pas nécessaire de répéter tout ce que j'ai eu l'honneur d'exposer sur ce point à l'audience du 3 octobre (compte rendu, pp. 174 à 180).

Mais puisqu'on persévère dans ces erreurs de l'autre côté de la barre, je crois cependant devoir rappeler brièvement les principaux points sur lesquels j'avais insisté.

Premier point :

Le Portugal ne revendique, sur le territoire de l'Inde, aucun droit de souveraineté, aucune participation à l'exercice de la souveraineté territoriale. Cette souveraineté appartient exclusivement au Gouvernement indien, et lui seul peut exercer les pouvoirs qu'elle comporte. Mais nous prétendons que, dans l'exercice de cette souveraineté, le Gouvernement de l'Inde doit se conformer à une obligation internationale. En d'autres termes, nous soutenons que sa compétence n'est pas *discrétionnaire* ; que c'est, comme disent les juristes, une compétence « liée ».

Il est inutile, je pense, d'insister sur la différence qui existe entre une revendication de souveraineté ou de participation à l'exercice de la souveraineté et la revendication d'un droit que le souverain territorial a l'obligation de respecter quand il exerce sa souveraineté. C'est une distinction qui n'a certainement pas échappé aux conseillers du Gouvernement de l'Inde.

Aucun document, aucune pièce de la procédure, aucune parole prononcée à la barre par les représentants du Portugal ne permettent au Gouvernement de l'Inde de soutenir que nous aurions, à un moment quelconque, donné à notre revendication une autre portée.

Deuxième point :

Cette obligation qui lie le Gouvernement de l'Inde et qu'il doit respecter en exerçant sa souveraineté territoriale, en quoi consiste-t-elle ? C'est de ne pas faire obstacle aux communications qui sont nécessaires pour permettre au Portugal d'exercer sa souveraineté sur ses territoires enclavés de Dadrá et de Nagar-Aveli.

Je n'ai pas besoin de rappeler que l'exercice de cette souveraineté est inconcevable sans un droit de transit à travers certaines parties, d'ailleurs très exigües, du territoire indien. Ce que nous demandons, c'est que le Gouvernement de l'Inde ne rende pas impossible l'administration de nos territoires enclavés en bloquant les voies de communication indispensables.

Qu'il me soit permis de rappeler encore les termes dans lesquels nous avons formulé l'objet de notre demande au paragraphe 60 de notre mémoire. Nous avons prié la Cour de dire :

- a) que le Portugal a un droit de passage sur le territoire de l'Inde *en vue d'assurer les liaisons* entre Damão (Damão du littoral) et les territoires enclavés de Dadrá et de Nagar-Aveli ;
- b) que ce droit comporte le transit des personnes et des biens, ainsi que le passage des représentants de l'autorité et des forces armées *nécessaires pour assurer le plein exercice de la souveraineté portugaise dans les territoires en question.* »

Ce sont les termes mêmes de notre conclusion.

Cela paraît clair. Ce que nous demandons, ce n'est ni le droit de circuler sur le territoire indien, ni le droit de nous y arrêter, ni le droit de nous y établir. C'est un simple droit de passage. C'est un droit de transit « *en vue d'assurer les liaisons* » entre différentes parcelles du territoire portugais — droit de transit qui est « nécessaire » pour assurer l'exercice de notre souveraineté. Le but est nettement indiqué. Il justifie notre demande et, du même coup, il en délimite l'objet.

Troisième point :

Nous n'avons *jamais* prétendu que les personnes et les biens transitant ainsi à travers le territoire indien y seraient couverts par un régime d'*immunité*.

Toute la documentation historique qui a été versée au dossier par les deux Parties établit clairement que jamais le Portugal n'a revendiqué un tel droit dans le passé. Et le Gouvernement de l'Inde serait dans l'impossibilité de trouver, soit dans notre requête, soit dans notre mémoire, soit dans nos observations sur ses exceptions préliminaires, une preuve quelconque que nous aurions modifié cette attitude et que, dans l'instance actuelle, nous réclamerions, non seulement le droit de passer à travers le territoire indien, mais encore celui d'échapper à l'exercice de sa compétence territoriale en cours de route.

Cette revendication d'un droit d'immunité que le Gouvernement de l'Inde semble considérer comme incluse dans notre demande, quel document, quelle déclaration produit-il pour nous l'imputer ? Il n'en produit aucun, parce qu'il n'y en a pas.

Et alors, n'étant point parvenu à découvrir la trace d'une telle prétention, il croit se tirer d'affaire en soutenant que l'immunité serait inséparable du droit de passage, qu'on ne pourrait pas concevoir un droit de passage sans immunité.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, j'ai déjà répondu à cette affirmation dans ma plaidoirie du 3 octobre (compte rendu, pp. 177 à 179). Il me paraît inutile de démontrer encore qu'elle est inadmissible. Le droit de passage est une chose. L'immunité en est une autre. Pour qu'il y ait immunité, il faut que les personnes ou les choses qui en bénéficient échappent soit au pouvoir législatif et réglementaire du souverain local, soit au contrôle de ses autorités administratives, soit à la compétence des tribunaux. Sans doute arrive-t-il parfois qu'un régime d'immunités vienne s'ajouter au droit de passage. Mais personne ne peut raisonnablement soutenir que les deux notions sont inséparables. Or je le répète, en revendiquant un droit de transit, dans les limites que j'ai rappelées précédemment, jamais le Portugal n'a soutenu que ce droit serait assorti d'un régime d'immunités.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, en écoutant nos estimés contradicteurs, j'ai eu l'impression, à plusieurs reprises, qu'ils étaient étonnés par la modération de notre demande. Ils s'apprétaient, semble-t-il, à combattre des intentions plus ambitieuses. Et voilà que la question se pose dans des termes différents de ceux qu'ils avaient imaginés. Je n'irai pas jusqu'à dire qu'ils le regrettent, mais ils en sont, me semble-t-il, un peu déconcertés. De là cette tendance qu'ils ont manifestée à la barre de vouloir interpréter notre demande autrement que nous ne le faisons nous-mêmes.

Je me permettrai, à cet égard, de faire observer que si quelqu'un est qualifié pour définir la demande portugaise, c'est bien, me paraît-il, le Portugal lui-même et non l'Union indienne.

Mais avant d'en finir avec cette question, il me paraît nécessaire de rencontrer une objection que nous a faite sir Frank Soskice, à l'audience du 26 septembre (compte rendu, pp. 174 et suiv.) et que M. l'Attorney-General a reprise à l'audience du 7 octobre (compte rendu, pp. 216-217).

Elle consiste à dire que notre demande est vague; qu'en nous limitant à la revendication du droit de passage nécessaire pour permettre au Portugal d'exercer sa souveraineté sur les territoires enclavés, nous laissons en suspens une série de questions, qui se poseront forcément lorsqu'il s'agira de faire application du principe ainsi énoncé.

Par exemple, dit sir Frank Soskice, y aura-t-il une limite à la quantité ou au type des marchandises qui pourront transiter? Y aura-t-il une limite au nombre de personnes et de fonctionnaires dont le passage devra être permis? Au genre d'armement qu'il faudra admettre, etc.?

Et M. l'Attorney-General se demande comment seront appliqués à ces personnes les règlements en matière de passeports, de douane, d'hygiène, de change, de police, etc.

Nous sommes tout à fait d'accord pour reconnaître que dans la pratique des questions de ce genre pourront se poser; qu'elles se poseront effectivement et qu'il est impossible de les résoudre *a priori*, d'une manière uniforme, parce que leur solution devra être adaptée aux circonstances.

Mais l'objection n'en est pas une.

Il arrive fréquemment qu'une règle de droit ait un caractère général, et que les conditions précises de son application ne puissent pas être déterminées à l'avance.

Celui qui est soumis à cette règle de droit doit l'appliquer de bonne foi. Dans la mesure où elle lui laisse un pouvoir d'appréciation, un

pouvoir d'adaptation aux circonstances, il est tenu d'exercer ce pouvoir raisonnablement, sans perdre de vue le principe qu'il doit respecter.

Des situations de ce genre se rencontrent en droit privé. Elles se rencontrent plus fréquemment en droit public et elles sont encore plus fréquentes en droit international.

Me sera-t-il permis de citer un exemple?

Une question qui occupe une place importante dans la pratique et dans la doctrine du droit des gens est celle de la responsabilité internationale de l'État en raison de dommages subis par des étrangers sur son territoire.

Quand ces dommages ont été causés, non par des organes de l'État, mais par des personnes privées — par exemple en cas d'émeutes —, il est admis que la responsabilité internationale de l'État est engagée s'il n'a pas fait preuve de ce que les juristes anglo-saxons appellent la « *due diligence* ».

Cette « *due diligence* » n'est rien d'autre que le degré de diligence qu'on peut attendre, en pareil cas, d'un État bien administré. Les mesures de précaution qu'il comprend ne sont pas fixées à l'avance et ne pourraient pas l'être, parce qu'elles varient suivant l'État.

Si les *conseils du Gouvernement de l'Inde* demandaient des précisions analogues à celles qu'ont envisagées M. l'Attorney-General et sir Frank Soskice dans les interventions que j'ai rappelées tout à l'heure, il leur serait répondu qu'il est impossible de fournir *a priori* ces précisions. Et cependant personne ne met en doute l'existence de la règle elle-même. Cette règle est admise par la doctrine et elle a été fréquemment appliquée par la jurisprudence. Aucun praticien, ni aucun théoricien du droit, ne prétendra que la règle n'est pas une règle juridique parce qu'elle se borne à énoncer un critère général, en laissant le soin d'en préciser la portée, dans chaque cas, à ceux qui doivent en faire application.

Mais, diront nos estimés contradicteurs, comment fera-t-on, comment procédera-t-on, le cas échéant, pour déterminer d'une manière concrète les applications de la règle? Comment fera-t-on pour concilier l'obligation incombant au Gouvernement de l'Inde avec l'exercice de sa compétence territoriale?

Ma réponse à cette question est très simple: on fera comme on a toujours fait.

Nos adversaires semblent croire que nous demandons un régime nouveau. C'est une erreur. Ce que nous demandons, c'est la continuation d'un régime qui a duré près de deux siècles — qui a été appliqué sous les Mahrattes, qui a été appliqué sous l'administration britannique et même sous le Gouvernement indépendant de l'Inde, avant que ce Gouvernement n'inaugure la politique nouvelle qui a donné naissance au conflit.

Si nos estimés contradicteurs demandent comment un État procède pour concilier l'exercice de sa souveraineté territoriale avec le respect du droit que nous prétendons avoir, il suffit, pour leur répondre, de les renvoyer à la longue pratique dont nous avons donné, les uns et les autres, de très nombreux témoignages dans les pièces que nous avons versées au dossier.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, il me reste, pour finir, à dire quelques mots de la septième conclusion du Gouvernement portugais et de la réponse que le Gouvernement de l'Inde y a faite à l'audience du 8 octobre par l'organe de M. l'Attorney-General.

La Cour se souvient que l'origine de notre septième conclusion se trouve dans un des « attendus » de la conclusion prise par le Gouvernement de l'Inde à l'appui de sa cinquième exception préliminaire. Cet attendu, figurant sous la lettre *d*), est ainsi conçu :

Attendu :

« *d*) que le Portugal et l'Inde n'ont accepté la juridiction obligatoire de la Cour que pour les différends d'ordre juridique susceptibles d'être tranchés par la Cour conformément aux dispositions de l'article 38, paragraphe 1, du Statut, et que le différend soumis à la Cour par le Portugal n'est pas un différend de cet ordre et qu'il n'y a pas eu d'accord entre les Parties pour soumettre le différend à la Cour en vertu des dispositions de l'article 38, paragraphe 2, du Statut; en conséquence, pour ce motif également, la cinquième exception doit être maintenue ».

Voilà quel était l'attendu figurant dans la conclusion du Gouvernement de l'Inde.

Il nous a paru, en lisant ce texte, que nous nous trouvions en réalité devant une nouvelle exception préliminaire et non devant un simple argument en faveur de la cinquième exception.

La cinquième exception est fondée sur la prétention que la question litigieuse relèverait exclusivement de la juridiction nationale de l'Inde. Cela ne veut pas dire qu'il ne s'agit pas d'un différend juridique, mais bien d'un différend qui échapperait à la compétence de la Cour, en vertu d'une réserve insérée dans la déclaration du 28 février 1940, par laquelle le Gouvernement de l'Inde a adhéré au système de la disposition facultative.

En revanche, l'attendu qui a été introduit sous la lettre *d*) dans la conclusion prise à la barre, et dont je viens de donner lecture, considère le différend porté devant la Cour par notre requête du 22 décembre comme un différend non juridique. C'est au moins ce que laisse supposer l'invocation qui est faite de l'article 38, paragraphe 2, du Statut de la Cour, c'est-à-dire d'une disposition visant le règlement des litiges *ex aequo et bono* et non par application du droit.

Mais, dans son exposé du 8 octobre, M. l'Attorney-General nous a assuré que notre interprétation ne correspond pas à la pensée de son Gouvernement, et qu'en réalité il n'y a pas de nouvelle exception.

Voici comment il s'est exprimé (je cite) :

« En affirmant que le différend n'est pas d'ordre juridique et qu'il n'est donc pas justiciable, nous disons tout simplement qu'au point de vue juridique il rentre dans la compétence exclusive de l'Inde. »
(Compte rendu, p. 233.)

Nous persistons à croire que notre interprétation était justifiée et qu'il y a une différence — voire une différence sensible — entre un différend qui n'est pas juridique et un différend qui relève exclusivement de l'ordre juridique interne.

Mais nous nous en voudrions d'instituer un débat sur ce point, car la conclusion pratique à tirer des explications qui ont été données à la barre par M. l'Attorney-General nous paraît très simple.

De deux choses l'une :

Ou bien l'attendu qui a été introduit sous la lettre *d*) dans la conclusion du Gouvernement de l'Inde relative à la cinquième exception préliminaire

se confond avec cette exception et ne dépasse aucunement le cadre dans lequel cette exception a été placée lorsque le Gouvernement de l'Inde l'a présentée le 15 avril 1957.

Ou bien, au contraire, l'attendu en question déborde le cadre de cette exception.

Dans la première hypothèse, l'attendu n'ajoute rien à l'exception elle-même et nous demandons à la Cour de ne pas en tenir compte.

Dans la seconde hypothèse, nous serions en présence d'une exception nouvelle et nous demanderions alors à la Cour de la rejeter, conformément aux conclusions que nous avons eu l'honneur de prendre à son sujet à l'audience du 3 octobre.

Monsieur le Président, Messieurs de la Cour, je me bornerai à ces observations. Au cours de cette longue controverse écrite et orale les deux Parties ont eu amplement l'occasion d'exposer et de justifier leurs points de vue. Il ne servirait à rien de prolonger le débat.

M. le doyen Galvão Telles a remercié la Cour au nom des avocats et conseils du Portugal. Permettez-moi de m'associer personnellement à ce témoignage de vive et de respectueuse gratitude.
