

DÉCLARATION DE M. BADAWI

Le Portugal a constamment soutenu dans les écritures et dans les plaidoiries que les Britanniques et l'Inde à leur suite ont reconnu sa souveraineté sur les enclaves et qu'en fait il n'a jamais eu avant 1954 à se plaindre de la manière dont ils se sont comportés à son égard. S'il y a eu quelques incidents ou divergences de vues entre eux, ils étaient dus à leur pouvoir de contrôle et de réglementation que le Portugal ne pouvait leur contester.

Sur cette question, l'arrêt prend une position intermédiaire. Il considère que les Britanniques, sans reconnaître expressément cette souveraineté, n'auraient jamais mis en question l'autorité exclusive du Portugal sur les enclaves, et qu'ils auraient ainsi reconnu sa souveraineté en fait et par implication et que cette souveraineté fut ensuite tacitement reconnue par l'Inde.

J'estime toutefois qu'en procédant par la constatation que les Britanniques et l'Inde à leur suite ont reconnu la souveraineté du Portugal, on postule la question au lieu de la démontrer.

A mon avis, il faut d'abord examiner et analyser les rapports entre les Britanniques et le Portugal pour ensuite tirer de ces examens et analyser les conclusions appropriées à ce sujet.

A défaut d'une reconnaissance explicite et formelle, il est nécessaire de rechercher si les attributs de la souveraineté ont été en fait reconnus.

Or, on ne peut pas admettre qu'outre que les frontières des enclaves se confondant avec le territoire indien, le passage de marchandises entre Damao et les enclaves et entre celles-ci fut généralement traité comme un cas d'importation et d'exportation, le passage de la police, des forces armées et des armes fut toujours, ainsi que l'arrêt le reconnaît, soumis à la nécessité de l'autorisation et partant à la discrétion des Britanniques.

La convention de 1878 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, nonobstant la réciprocité des droits et des obligations des deux Parties dans leurs domaines respectifs sur laquelle elle fut basée, n'a pu même déroger à cette nécessité. L'expiration de cette convention en 1892 n'a évidemment pas accru les droits du Portugal ou changé leur nature.

Dans ces conditions, il serait difficile de concilier une reconnaissance de souveraineté avec l'exercice d'une discrétion qui, en principe, répudie une des conséquences indispensables de cette souveraineté.

Le fait que l'autorisation a toujours été accordée dans le passé n'a aucune portée ou signification juridique. A circonstances égales, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'autorisation soit constamment accordée. Si, avec le changement de circonstances, l'autori-

DECLARATION BY JUDGE BADAWI

[*Translation*]

Portugal has consistently argued in its pleadings and oral arguments that the British and, after them, India recognized its sovereignty over the enclaves, and that before 1954 Portugal had in fact no complaint of the way in which they acted towards it. If there were occasional incidents or differences of opinion between them, these were due to their power of control and regulation which Portugal could not challenge.

On this matter the Judgment takes up a half-way position. It holds that the British, without expressly recognizing that sovereignty, never called in question the exclusive authority of Portugal over the enclaves, that they thus recognized its sovereignty in fact and by implication, and that later that sovereignty was tacitly recognized by India.

In my opinion, however, by proceeding on the basis of a finding that the British and, after them, the Indians recognized the sovereignty of Portugal, the question is postulated instead of being proved.

In my opinion it is necessary in the first place to examine and analyse the relations between the British and Portugal and to draw therefrom the appropriate conclusions in this connection.

In the absence of an explicit and formal recognition, it is necessary to ascertain whether the attributes of sovereignty were in fact recognized.

Now, it cannot but be recognized that, apart from the fact that the frontiers of the enclaves merging with Indian territory, the passage of goods between Daman and the enclaves and between those enclaves was in general treated as a case of import and export, the passage of police, armed forces and arms was always, as the Judgment finds, subject to the necessity of an authorization and was therefore at the discretion of the British.

The Treaty of 1878 between Great Britain and Portugal, notwithstanding its basis in the reciprocal rights and obligations of the two Parties in their respective spheres, could not depart from that necessity. The expiry of this Treaty in 1892 did not of course add to the rights of Portugal or alter their nature.

In these circumstances it would be difficult to reconcile recognition of sovereignty with the exercise of a discretion which, in principle, repudiates one essential consequence of that sovereignty.

The fact that the authorization was always granted in the past has no legal bearing or significance. While the circumstances remain the same, there is nothing surprising in the authorization being regularly granted. Nor is there anything surprising in its being

sation est refusée, il n'y a également rien d'étonnant. C'est l'essence même de l'autorisation qui a à sa base une notion de discrétion.

L'alliance entre la Grande-Bretagne et le Portugal et la garantie par la première de possessions coloniales portugaises ont pu travestir la réalité juridique de leurs rapports en ce qui concerne les enclaves. Il n'en reste pas moins qu'à l'analyse de ces rapports, on devrait reconnaître qu'il n'a rien existé d'autre qu'une situation de fait *sui generis* avec des limites précises.

Toutefois, il est difficile de classer cette situation dans une catégorie de droits reconnaissables en droit international et encore moins dans celle de la souveraineté : admettre la souveraineté du Portugal, ce serait admettre qu'elle pourrait comporter des conséquences juridiques autres que celles reconnues en pratique. Seule cette conclusion devrait suffire à écarter cette notion, puisqu'elle dépasserait la situation de fait que la Cour a reconnue.

Quel que soit l'obscurcissement que le traité d'alliance entre la Grande-Bretagne et le Portugal et la garantie de protection par la première des possessions portugaises ont pu faire naître sur l'étendue des droits du Portugal sur les enclaves, il est évident que ce traité n'a pu créer que des droits et obligations personnels entre le Portugal et la Grande-Bretagne lesquels, évidemment, ne se sont pas transmis au Gouvernement national de l'Inde. Avec le changement de partenaire, la situation serait nécessairement moins favorable au Portugal.

De l'ensemble de ces conditions confuses, il n'est guère étonnant qu'il se soit créé une situation équivoque où le Portugal croyait à un droit réel de souveraineté s'imposant à l'Inde et que celle-ci ne pouvait y voir qu'une simple faculté soumise à son entière discrétion, à exercer dans des conditions fort différentes de celles que le Portugal a connues pendant la période britannique.

(Signé) A. BADAWI.

refused if the circumstances change. It is of the very essence of authorization, which has as its basis the concept of discretion.

The alliance between Great Britain and Portugal and the former's guarantee of Portugal's colonial possessions may have disguised the true legal aspect of their relations, as regards the enclaves. The fact remains that on an analysis of these relations it must be recognized that there existed between them only a factual situation *sui generis* having well-defined limits.

It is however difficult to classify this situation in a category of rights recognizable in international law, and still more difficult to classify it in the category of sovereignty: to admit the sovereignty of Portugal would be to admit that it could involve legal consequences other than those which are recognized in practice. That conclusion should alone suffice to exclude such admission, since it would go beyond the factual situation which the Court has recognized.

However much the alliance between Great Britain and Portugal and the British guarantee to protect Portuguese possessions may have served to obscure the extent of Portugal's rights over the enclaves, it is clear that this treaty could only create personal rights and obligations between Portugal and Great Britain which were obviously not transmitted to the national Government of India. With the change of partner, the situation would necessarily be less favourable to Portugal.

It is hardly surprising that all these confused circumstances should have created an ambiguous situation in which Portugal believed in a genuine right of sovereignty binding upon India, while the latter could see in it merely a right entirely subject to its discretion, to be exercised under very different conditions from those with which Portugal was familiar throughout the British period.

(Signed) A. BADAWI.