

SEPARATE OPINION OF JUDGE V. K. WELLINGTON KOO

I agree with the conclusion of the judgment of the Court in recognizing a right of passage for Portugal between Daman and the enclaves and between the enclaves as sanctioned by local custom in respect of private persons, civil officials and goods in general, but I regret to be unable to concur in excluding from the scope or content of this right the passage of Portuguese armed forces, armed police and arms and ammunition. This right admittedly is not an absolute right, since Portugal claims it only to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves and subject to the control and regulation of India. As thus qualified, the right of passage is, in my opinion, applicable to all the six categories.

I

1. Although the Government of British India never expressly recognized passage as a matter of right for any category, in fact such passage was always granted. As a general rule, after the coming into force of the Anglo-Portuguese Treaty of Commerce and Extradition of 26 December 1878, the British authorities required previous authorization for the passage of armed police, military units and arms and ammunition in each case, but in fact the practice of authorizing such passage was more uniform and constant than in the case of private goods. Throughout the 130 years of British rule in India, I am not aware of one single instance in the record before the Court of a Portuguese request for passage of armed police, military persons or units or arms and ammunition between Daman and the enclaves ever having been refused. On the contrary, in respect of ordinary goods there was enforced by the British a prohibition of such transit for certain goods at different times, such as rice, salt, liquor, spirits and ingredients for distilling liquor and spirits, and there was indeed a total prohibition of passage for all goods during the last war.

2. A brief review of the facts would clarify the point.

During the first 60 years of the British period no request for permission for entry of troops or armed police of either Portugal or Great Britain into the territory of the other was required. A practice had been established for such passage on a basis of reciprocity, which fact probably accounts for the paucity of documents relating to the question of passage (Rejoinder, I, p. 181).

It appears, however, that during this period whenever there was a need of passage for armed military personnel it was always granted.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. V. K. WELLINGTON KOO

[Traduction]

Je me rallie à l'arrêt de la Cour en tant qu'il reconnaît au Portugal, entre Damao et les enclaves et entre ces enclaves elles-mêmes, un droit de passage sanctionné par la coutume locale pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, mais je regrette de ne pouvoir me rallier à l'exclusion hors du contenu de ce droit de passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions portugaises. Il est admis que ce droit n'est pas absolu, puisque le Portugal ne le réclame que dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde. Ainsi limité, le droit de passage s'applique à mon avis à toutes les six catégories.

I

1. Bien que le Gouvernement de l'Inde britannique n'ait jamais expressément reconnu le passage en tant que droit pour aucune des catégories, ce passage a toujours été accordé en fait. En règle générale, après l'entrée en vigueur du traité de commerce et d'exportation du 26 décembre 1878 entre la Grande-Bretagne et le Portugal, les autorités britanniques ont exigé une autorisation préalable pour chaque cas de passage de la police armée, des unités militaires et des armes et munitions, mais en fait la pratique d'autoriser ce passage a été plus uniforme et constante que dans le cas des marchandises privées. Tout au long des cent trente ans de gouvernement britannique en Inde, je n'ai pas connaissance, dans le dossier soumis à la Cour, d'un seul exemple de demande portugaise visant le passage entre Damao et les enclaves de police armée, de militaires, d'unités militaires ou d'armes et munitions qui ait essuyé un refus. Pour les marchandises ordinaires au contraire, les Britanniques ont prohibé à diverses époques le transit de certaines marchandises comme le riz, le sel, l'alcool, les spiritueux et les produits nécessaires à la distillation de l'alcool et des spiritueux; on constate même pendant la dernière guerre une prohibition totale du transit de toutes les marchandises.

2. Un rapide examen des faits éclaircira ce point.

Au cours des soixante premières années de la période britannique aucune demande d'autorisation pour permettre aux soldats ou à la police armée du Portugal ou de la Grande-Bretagne de pénétrer sur le territoire de l'autre pays n'était exigée. Une pratique concernant ce passage s'était établie sur la base de la réciprocité, ce qui explique probablement la rareté des documents se rapportant à la question du passage (duplicque, vol. I, p. 181).

Mais il semble que, pendant cette période, toutes les fois que le passage du personnel militaire armé était nécessaire, il était autorisé.

An incident which arose in 1859 was revealing. When two Portuguese sepoys were escorting a Portuguese judge from Daman to Bassein, the British police deprived the sepoys of their bayonets. The Governor-General of Goa protested to the Governor of Bombay on 16 May 1859, stating that the two soldiers were furnished with the necessary passes bearing the Government seal on them, that in the territories of Daman and Goa English soldiers carrying arms were allowed to pass unmolested, and that "it is not to be expected that Portuguese soldiers will be stopped from doing the same within British territories, particularly as there is this additional circumstance connected with Daman, viz. that there are several Portuguese villages situated within the limits of the British territory" (Counter-Memorial, Annex C. No. 39). The Governor of Bombay in his reply stated that "the arms of the two Portuguese soldiers were detained through an inadvertence which this Government regrets and which I hope will not occur again" (*ibid.*, p. 195).

3. On this same subject of troops, Article XVIII, paragraph 3, of the Treaty of Commerce and Extradition of 26 December 1878 provided:

"The armed forces of one of the two High Contracting parties shall not enter the Indian dominions of the other, except for the purposes specified in former Treaties, or for the rendering of mutual assistance as provided for in the present Treaty, or except in consequence of a formal request made by the party desiring such entry to the other."

This provision requiring a formal request for authorization to send troops of one High Contracting Party across the territory of the other had originally been proposed by the Portuguese plenipotentiary and was only inserted in the treaty on his insistence because, as reported by the British plenipotentiary to the Secretary of State for Foreign Affairs, "its insertion or non-insertion might make the whole difference in the chances the (Portuguese) Government had of passing the Treaty itself through the Cortes". The explanation given by the Portuguese representative was that such a provision would enable the Portuguese Government to face the "great opposition on the part of the public" to the "customs union" and the "economic amalgamation of the Portuguese colonies with the system of the British Indian Empire", as provided for in the Treaty (Rejoinder, II, Annex 54).

4. This new practice was continued after the expiration of the treaty in 1892, with permission always granted on application. Thus, for example, one application on 13 January 1915 for passage of eleven soldiers from Daman to Nagar-Aveli (Counter-Memorial, Annex E. No. 25), and another of 22 March 1915 for passage of one soldier from Goa to Nagar-Aveli (*ibid.*, Annex No. 26) were granted without difficulty. During the year 1915, seventy-nine applications were made to the Government of Bombay for permission for Portuguese soldiers to pass through British territory. Between 29 December

Un incident survenu en 1859 est révélateur. Comme deux cipayes escortaient un juge portugais de Damao à Bassein, la police britannique leur retira leurs baïonnettes. Le gouverneur général de Goa protesta auprès du gouverneur de Bombay le 16 mai 1859, déclarant que les deux militaires étaient munis des laissez-passer nécessaires portant le sceau du Gouvernement, que les soldats anglais porteurs d'armes étaient autorisés à passer sur les territoires de Damao et de Goa sans être molestés et ajoutant « on ne doit pas s'attendre à ce que les soldats portugais soient empêchés d'agir de même dans les territoires britanniques, étant donné notamment qu'en outre, à propos de Damao, plusieurs villages portugais reliés à cette ville sont situés dans les limites du territoire britannique » (contre-mémoire, annexe C n° 39). Le gouverneur de Bombay répondit : « les armes des deux soldats portugais ont été retenues par une inadvertance que mon Gouvernement regrette et qui, je l'espère, ne se reproduira pas » (*ibid.*, p. 195).

3. Sur cette question des troupes, le troisième alinéa de l'article XVIII du traité de commerce et d'extradition du 26 décembre 1878 disait :

« La force armée de l'une des Hautes Parties contractantes n'entrera pas dans les possessions indiennes de l'autre, excepté dans les cas spécifiés par des traités antérieurs, ou pour se prêter un mutuel secours comme cela est prévu dans le présent traité, ou lorsqu'une demande formelle en aura été faite par la partie qui désirera cette entrée de l'autre. »

Cette disposition exigeant une demande d'autorisation formelle pour les envois de troupes de l'une des Hautes Parties contractantes sur le territoire de l'autre avait été proposée par le plénipotentiaire portugais et n'avait été insérée dans le traité sur son insistance que, comme l'expose le rapport du plénipotentiaire britannique à son secrétaire d'État aux Affaires étrangères, parce que « de son insertion ou de sa non-insertion pouvaient dépendre entièrement les chances qu'avait le Gouvernement (portugais) de faire adopter le traité par les Cortès ». L'explication donnée par le représentant du Portugal était que cette disposition permettrait au Gouvernement portugais de faire face à la « forte opposition de la part du public » à l'« union douanière » et à « la fusion économique des colonies portugaises avec le système de l'Empire britannique des Indes » prévues dans le traité (duplicque, vol. II, annexe 54).

4. Cette nouvelle pratique continua à être observée après l'expiration du traité survenue en 1892, l'autorisation étant toujours accordée sur demande. C'est ainsi par exemple que furent satisfaites sans difficulté une demande du 13 janvier 1915 pour le passage de onze soldats de Damao à Nagar-Aveli (contre-mémoire, annexe E. n° 25) et une autre du 22 mars 1915 pour le passage d'un soldat de Goa à Nagar-Aveli (*ibid.*, annexe n° 26). Au cours de l'année 1915, le Gouvernement de Bombay reçut soixante-dix-neuf demandes d'autorisation pour le passage de soldats portugais sur le territoire

1916 and 25 August 1917 also seventy-nine applications were made for the same purpose. Apparently, in no instance was permission refused.

5. Earlier, two cases of passage of Portuguese soldiers across British territory, though they do not bear directly on such transit between Daman and the enclaves, are particularly significant in considering the question of a local custom for such passage on the Indian peninsula. On 26 November 1901 the Portuguese Consul-General asked the Governor-General of India for permission to send a detachment of 20 soldiers from Daman by land through Bombay to Goa and requested him to issue "urgently" the necessary orders for the passage. This permission was given two days later in a reply of 28 November 1901 and confirmed on 30 November 1901, adding a request that:

"... on future occasions the date of the proposed movement of such detachments may be stated, and that sufficient notice may be given to enable the orders of the Government to be obtained and instructions to be issued to the local authorities" (Counter-Memorial, Annex C. No. 51).

Again, when there was a rebellion in 1912 against the Portuguese Government in Goa, permission was asked on 5 August 1912 of the Government of Bombay and it was granted by the Government of India the following day, stating that they "have no objection to their proposal to march one officer and sixty men across ten kilometres of British territory", "as a special case". This detachment did not travel as expected. In October of the same year, however, the Portuguese Government at Goa again requested permission to send sixty men in the charge of an officer for about thirty miles across country to the Portuguese border. The reply of the Government of India was again in the affirmative, stating: "In the opinion of His Excellency we should not allow them transport by train, but otherwise there is no objection." The passage of the detachment in question duly took place on the 15th and 16th November of the same year (Counter-Memorial, Annex C. No. 52).

6. The passage of armed police was provided for in Article XVIII, paragraph 2, of the same Treaty of 1878, which states:

"The revenue, magisterial and police authorities of the Indian dominions of the High Contracting Parties shall cordially co-operate with each other for the maintenance, on the common lines of traffic and elsewhere, of perfect security of persons and property; and in the pursuit of criminals and persons engaged in smuggling and contraband practices, the said authorities of the one High Contracting Party may cross the frontier and enter the dominions of the other High Contracting Party; Provided that in such dominions they shall act in accordance with the local laws and the provisions of this Treaty" (Counter-Memorial, Annex No. 40).

britannique. Soixante-dix-neuf demandes analogues furent présentées entre le 29 décembre 1916 et le 25 août 1917. L'autorisation ne fut apparemment jamais refusée.

5. Antérieurement, deux cas de passage de soldats portugais sur territoire britannique, s'ils sont sans rapport direct avec le transit entre Damao et les enclaves, n'en revêtent pas moins une importance particulière quant à la question d'une coutume locale en matière de passage dans la péninsule indienne. Le 26 novembre 1901, le consul général du Portugal a demandé au gouverneur général de l'Inde l'autorisation de faire passer par voie de terre de Damao à Goa via Bombay un détachement de vingt soldats en le priant de donner d'« urgence » les ordres nécessaires à ce passage. L'autorisation a été donnée deux jours plus tard dans une réponse du 28 novembre 1901 et confirmée le 30 novembre, par une lettre demandant en outre :

« ... à l'avenir de bien vouloir indiquer la date du transport proposé de ces détachements et de l'annoncer assez tôt pour laisser le temps d'obtenir les ordres du Gouvernement et de donner des instructions aux autorités locales » (contre-mémoire, annexe C. n° 51).

De même en 1912, lorsqu'une rébellion a éclaté contre le Gouvernement portugais à Goa, une autorisation a été demandée le 5 août 1912 au Gouvernement de Bombay et elle a été accordée le lendemain par le Gouvernement de l'Inde qui a déclaré qu'il ne s'opposait « nullement à la proposition de faire passer un officier et soixante hommes sur dix kilomètres de territoire britannique ... à titre spécial ». Ce détachement n'a pas fait le mouvement prévu. Mais en octobre de la même année le Gouvernement portugais de Goa a sollicité à nouveau l'autorisation de faire passer soixante hommes sous les ordres d'un officier sur environ cinquante kilomètres jusqu'à la frontière portugaise. La réponse du Gouvernement de l'Inde a été une fois de plus affirmative: « Son Exc. estime que nous ne devrions pas accorder le transport en train, mais qu'autrement il n'y a pas d'objection. » Le passage du détachement en question a bien eu lieu les 15 et 16 novembre de cette même année (contre-mémoire, annexe C. n° 52).

6. Le passage de la police armée était prévu au deuxième alinéa de l'article XVIII du même traité de 1878, qui dispose :

« Les autorités fiscales, judiciaires et de police des possessions indiennes des Hautes Parties contractantes coopéreront cordialement pour maintenir, dans les lignes de trafic commun et ailleurs, la parfaite sécurité des personnes et des propriétés; et, dans la poursuite de criminels et de personnes se livrant à la contrebande, lesdites autorités de l'une des Hautes Parties contractantes pourront traverser la frontière et entrer dans les États de l'autre Haute Partie contractante, pourvu que dans ces États elles agissent en conformité avec les lois locales et les stipulations du présent traité » (contre-mémoire, annexe n° 40).

This provision relating to the passage of armed police and other authorities was evidently based upon the practice which had already been established during the years preceding the conclusion of the Treaty of 1878. Previous authorization was not expressly stipulated in the Treaty as necessary, nor was it always required, in practice, for such passage, as will be indicated later.

7. When the Treaty of 1878 expired in 1892, the reciprocal arrangement for passage of armed police continued in practice. By an arrangement of 1913 parties of Portuguese armed police were allowed "to travel across intervening British territory when it is necessary for them to do so in journeying from one part of Portuguese India to another, provided that previous intimation (not previous authorization) is given to the local authorities" (Counter-Memorial, Annex C. No. 53). By an agreement of 1920 armed police, as well as unarmed police of one party in actual pursuit of an offender, may continue the pursuit uninterrupted in the territory of the other. It also provided that armed police below a certain rank should not enter the territory of the other party without consent previously obtained. Apparently this restriction did not apply to those above that rank. Under an agreement of 1940, passage of Portuguese armed police over the Daman-Silvassa (Nagar-Aveli) road was free provided that the party did not exceed ten in number and that intimation of the passage was given to the British authorities within twenty-four hours of the passage. For any such party of more than ten in number travelling over the road it was necessary to obtain the concurrence of the British authorities, as heretofore, by prior notice.

8. In respect of the requirement of permission for passage of Portuguese troops and armed police over intervening British territory, it is useful to note what the practice in fact was. When the Governor-General of Portuguese India stated in a letter of 22 December 1890 to the Governor of Bombay that "Portuguese troops never cross British territory without previous permission", an investigation was ordered by the British authorities and the District Police Inspector of the Balsa Division reported on 28 February 1891 that "on a number of occasions Portuguese armed men had passed through British territory without permission", adding that "British police sometimes went armed into Portuguese territory, and were not subjected to any interference". He recommended that this state of affairs be allowed to continue. The Commissioner of the Northern District and the District Magistrate of Surat concurred in the view that this reciprocal understanding should be maintained. Accordingly, in reply to the Governor-General of Portuguese India, the Secretary to the Government of Bombay, after stating that an investigation found several instances of troops (Portuguese) escorting treasure from Daman to the railway station, taking a prisoner to Wapi from Daman, proceeding through British villages

Cette disposition visant le passage de la police armée et d'autres autorités se fondait évidemment sur la pratique déjà établie au cours des années ayant précédé la conclusion du traité de 1878. Le traité n'énonce pas expressément la nécessité de l'autorisation préalable et, comme on l'indiquera plus loin, celle-ci n'était pas toujours requise en pratique en vue du passage.

7. Quand le traité de 1878 prit fin en 1892, l'accord réciproque pour le passage de la police armée continua en pratique. Par un arrangement de 1913, les détachements de police portugaise armés étaient autorisés à « traverser le territoire britannique intermédiaire quand il leur est nécessaire de le faire pour se rendre d'une région de l'Inde portugaise à une autre, pourvu que les autorités locales en aient reçu notification préalable » (il ne s'agit pas d'autorisation préalable) (contre-mémoire, annexe C. n° 53). Par un accord de 1920 la police, armée ou non, de l'une des parties poursuivant effectivement un délinquant pouvait continuer la poursuite sur le territoire de l'autre sans être interrompue. L'accord disposait également qu'au-dessous d'un certain rang les policiers armés ne devaient pas pénétrer sur le territoire de l'autre partie sans consentement préalable. Cette restriction ne s'appliquait apparemment pas aux agents d'un rang plus élevé. Aux termes d'un accord de 1940, le passage des policiers portugais armés sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli) était libre à condition qu'il ne se fît pas en groupes de plus de dix personnes et que leur passage fût signalé aux autorités britanniques dans les vingt-quatre heures suivant ce passage. Pour les groupes de plus de dix agents circulant sur ladite route, il était nécessaire d'obtenir comme auparavant l'assentiment des autorités britanniques par voie de notification préalable.

8. Au sujet de l'autorisation exigée pour le passage des troupes et de la police armée portugaises sur le territoire britannique intermédiaire, il est utile de voir quelle était en fait la pratique. Lorsque le gouverneur général de l'Inde portugaise déclara dans une lettre du 22 décembre 1890 au gouverneur de Bombay: « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable », les autorités britanniques ordonnèrent une enquête et le *District Police Inspector* de la division de Bulsar rapporta le 28 février 1891 « qu'à plusieurs reprises les forces armées portugaises avaient traversé le territoire britannique sans autorisation », ajoutant « que la police britannique entraînait parfois en armes sur le territoire portugais sans que personne ne s'y opposât ». Il recommandait le maintien de cet état de choses. Le *Commander of the Northern District* et le *District Magistrate* de Surat estimaient également que cette entente réciproque devait être maintenue. En conséquence, le secrétaire du Gouvernement de Bombay, après avoir déclaré dans sa réponse au gouverneur général de l'Inde portugaise que l'enquête avait révélé plusieurs cas de troupes (portugaises) escortant un envoi de fonds de Damao à la station de chemin de fer, transférant un prisonnier de Damao à Vapi, se ren-

from Daman to Dadra and back again, or again going from Ambli to Dadra, without any application or notice to the local authorities, and remarking that "these instances have doubtless not been reported to H.E. the Governor-General, and under the rule which he has laid down it would seem that notice of such transit should have been made to the District Magistrate of Surat", concludes:

"At the same time I am directed to observe that this Government has no reason to suppose that the parties or persons, who have passed armed through these strips of British territory, have not conducted themselves with perfect propriety; and the G. in C. has given orders that, in the absence of any special reason, they should not be interfered with. If such movements or transfers can be anticipated doubtless the Portuguese authorities on the spot will prevent the risk of any delay or of any further correspondence by adhering to the rule mentioned in H.E. letter 'that Portuguese troops never cross Br. territory without previous permission'. But as already stated by me the Dist. Mag. at Surat has been informed that this Government does not wish any interference exercised in the circumstances now reported." (Rejoinder, II, pp. 223-224.)

9. It is thus evident that for the passage of Portuguese troops on the Daman-Silvassa (Nagar-Aveli) road, previous authorization was not always required, in practice, notwithstanding the provisions of Article XVIII of the Treaty of 1878 to the contrary.

10. On the question of the passage of Portuguese armed police, reference has been made above to the agreement of 1940. The origin of this agreement and the discussions leading to its conclusion also appear significant in ascertaining the practice which prevailed and the considerations which lay behind it. Following an incident relating to the arrest of a German missionary in April, 1940, by a British force in British territory consisting of three unarmed military men and four armed men, on a bus going from Silvassa (Nagar-Aveli) to Daman, the Government of Portuguese India suggested:

"the possibility of coming to an understanding with the Government of Bombay, by which on this road, and only on this road, owing to its special nature, armed police forces of both the Governments may travel freely, independently of any previous authorization". (Counter-Memorial, II pp. 322-323.)

Before taking a decision on the proposal and replying to the Government of Portuguese India, the Government of Bombay consulted the various British authorities concerned. At first it was thought that

dant de Damao à Dadra et retour par des villages britanniques, ou encore d'Ambli à Dadra, sans présenter de demande ni de notification aux autorités locales, et après avoir observé « il n'est pas douteux que ces cas n'ont pas été portés à la connaissance de S. Exc. le gouverneur général, et selon la règle qu'il a fixée il semble que de tels passages auraient dû être signalés au *District Magistrate* de Surat », concluait en ces termes :

« En même temps je suis chargé de faire observer que ce Gouvernement n'a aucune raison de supposer que les détachements ou les personnes qui ont traversé en armes ces portions du territoire britannique ne se soient pas conduits avec une absolue correction, et le gouverneur en conseil a donné l'ordre de ne pas entraver leurs déplacements sans motif particulier. Si de tels mouvements ou transferts peuvent être prévus à l'avance, il ne fait aucun doute que les autorités locales portugaises éviteront de s'exposer à des retards ou d'avoir à engager une nouvelle correspondance en se conformant à la règle dont fait état la lettre de S. Exc. aux termes de laquelle « les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable ». Mais, comme je l'ai déjà indiqué, le *District Magistrate* de Surat a été informé que ce Gouvernement ne veut pas qu'il soit apporté la moindre entrave dans les circonstances dont il est fait état. » (Duplique, vol. II, pp. 223-224.)

9. Il est donc évident que, pour le passage de troupes portugaises sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli), la demande d'autorisation préalable n'était pas toujours exigée dans la pratique, non-obstant les dispositions contraires de l'article XVIII du traité de 1878.

10. Pour la question du passage de la police armée portugaise, on a fait état plus haut de l'accord de 1940. L'origine de cet accord et les négociations qui ont abouti à sa conclusion paraissent également révélatrices lorsqu'il s'agit de démontrer la pratique qui a prévalu et les considérations qui ont conduit à l'adopter. A la suite d'un incident relatif à l'arrestation, en avril 1940, d'un missionnaire allemand en territoire britannique par un détachement britannique composé de trois hommes non armés et de quatre hommes armés, dans un autocar allant de Silvassa (Nagar-Aveli) à Damao, le Gouvernement de l'Inde portugaise a suggéré :

« la possibilité de conclure avec le Gouvernement de Bombay un accord en vertu duquel, sur cette route et seulement sur cette route, à raison de son caractère particulier, il serait permis à des forces de police armée des deux Gouvernements de circuler librement, indépendamment de toute autorisation préalable ». (Contre-mémoire, vol. II, pp. 322-323.)

Avant de se prononcer sur cette proposition et de répondre au Gouvernement de l'Inde portugaise, le Gouvernement de Bombay a consulté les diverses autorités britanniques intéressées. On a d'abord formulé le point de vue suivant :

“in view of the reasons stated by the Government of Port. India, there seems *prima facie* no objection to agree to the understanding which the Govt. of Port. India have proposed”.

But some considered it

“desirable to have some sort of control or check over the movements of armed police forces. G.R., P.D. No. 4540 of 30.7.1913 (requiring previous notice of passage) is one way of securing this. The question is not one of mere administrative detail. If a general permission is to be given, it may have to be coupled with some restrictions, e.g. as to number, purpose, etc.”

The Political and Services Department of the Government of Bombay then recommended acceptance of the proposal,

“subject to the understanding that the number of the armed policemen of the Port. Govt/Br. Govt allowed to traverse through the British portion/Port. portion of the Daman-Silvassa road should be restricted to the actual requirements in each case and that intimation of the march of the armed police forces through the territories of the Port. Govt/Br. Govt should be given to the local authorities by the Br. Govt/Port. Govt as soon as possible after the march takes place”.

In the opinion of others consulted, “this would not achieve the object” and the “distrust” was shared by another who thought “that without check and control of a fairly easily exercisable type, the procedure is fraught with danger”. Hence the precisely worded formula which, finally suggested by the Commissioner of the Northern District, was incorporated in the agreement of 1940.

11. Thus it appears clear from the foregoing review of the facts that during the first sixty years of the British period, the prevailing practice of allowing passage of troops and armed police of one country through the intervening territory of the other was based upon reciprocity and it had already developed into a local custom. While military units thus travelling must be in possession of passes issued by their own Government, this requirement does not appear to have applied to armed police on duty. However, no previous authorization for either category of passage was necessary.

Even during the period when the Treaty of 1878 was in force, though Article XVIII of it expressly provided for the requirement of a formal request and permission for entry of the troops of one High Contracting Party into the territory of the other, Portuguese armed forces on a number of occasions, as indicated by the Government of Bombay in its reply to the letter of 22 December 1890 of

« Compte tenu des motifs invoqués par le Gouvernement de l'Inde portugaise, il ne semble pas qu'il y ait à première vue d'objection à accepter l'accord qu'a proposé le Gouvernement de l'Inde portugaise. »

D'aucuns ont cependant jugé :

« souhaitable d'imposer un certain contrôle ou une certaine réglementation aux mouvements de la police armée. Le G. R., P. D. n° 4540 en date du 30.7.1913 (exigeant la notification préalable du passage) en fournit le moyen. Il ne s'agit pas seulement d'un simple détail d'ordre administratif. Si l'on doit accorder une autorisation de caractère général, il peut y avoir lieu de l'assortir de certaines restrictions, relatives par exemple au nombre, à l'objet, etc. »

Le *Political and Services Department* du Gouvernement de Bombay a par la suite recommandé l'acceptation de cette proposition,

« étant entendu que les effectifs de la police armée du Gouvernement portugais ou du Gouvernement britannique autorisés à traverser le tronçon britannique ou le tronçon portugais de la route de Damao à Silvassa respectivement seront limités aux besoins réels dans chaque cas, et que notification du passage des forces de police armée dans les territoires du Gouvernement portugais ou du Gouvernement britannique sera donnée aux autorités locales par le Gouvernement britannique ou le Gouvernement portugais respectivement dès que possible après l'exécution de ce déplacement ».

Selon d'autres avis, « cela ne répondrait pas à l'objectif poursuivi » et ce « scepticisme » était partagé d'autre part car, « sans une réglementation et un contrôle qui soient assez faciles à exercer, cette procédure est pleine de risques ». D'où la formule libellée en termes précis finalement suggérée par le *Commissioner of the Northern District*, qui a été incorporée dans l'accord de 1940.

11. L'examen des faits auxquels l'on vient de procéder montre donc clairement que, pendant les soixante premières années de la période britannique, la pratique qui a prévalu d'autoriser le passage des troupes et de la police armée d'un pays dans le territoire intermédiaire de l'autre était fondée sur le principe de la réciprocité et avait d'ores et déjà donné naissance à une coutume locale. Alors que les effectifs militaires se déplaçant dans ces conditions devaient détenir des laissez-passer délivrés par leur propre Gouvernement, il ne semble pas que cette exigence se soit appliquée à la police armée dans l'exercice de ses fonctions. En revanche, pour aucune de ces deux catégories il n'était nécessaire de solliciter une autorisation préalable de passage.

Même au cours de la période pendant laquelle le traité de 1878 a été en vigueur, bien que l'article XVIII dudit traité prévoit expressément la nécessité de demander formellement et d'obtenir une autorisation pour l'entrée des troupes de l'une des Hautes Parties contractantes dans le territoire de l'autre partie, les forces de police armée portugaises, en un certain nombre d'occasions, comme l'a

the Governor-General of Portuguese India, travelled on duty across British territory without having applied for and obtained previous authorization, especially on the Daman-Silvassa (Nagar-Aveli) road. What appears even more significant is the fact, as cited above, that the British authorities expressed their preference for the continuance of this practice of non-interference with such passages, obviously in recognition of the necessity for them as well as out of consideration for their own convenience on the reciprocal basis.

12. There is nothing in the record to show that this practice underwent any significant change after the lapse of the Treaty of 1878. The agreements of 1913, 1920 and 1940, while in one of them the requirement of previous authorization for the passage of armed forces was reaffirmed, formalized this customary practice with more precision as regards the passage of Portuguese armed police through intervening British territory.

13. During the post-British period, up to 1954, this practice was apparently also respected by India.

14. As regards arms and ammunition, etc., Section 17 of Act XXXI of 1860 required, for their importation into British territory, a licence from the Governor-General of India in Council, or from some officer authorized on his behalf by the Governor-General of India in Council. This Act was replaced by the Indian Arms Act of 1878 (Counter-Memorial, Annex C. No. 59). Section 6 provides that no person shall bring or take by sea or land into or out of British India any arms, ammunition or military stores except under a licence (with exceptions not relevant here). Section 10 empowers the Governor-General in Council to regulate or prohibit the transport of any description of arms, ammunitions or military stores. The Indian Arms Rules of 1879 (*ibid.*, No. 60) provides for the issue of licences for the import and export of arms, ammunition and military stores. In 1880, the Governor-General in Council added Rule 7 A to these Rules (*ibid.*, No. 60). Rule 7 A (a) provides that nothing in the Rules should be deemed to authorize the grant of a licence to import arms, ammunition or military stores from Portuguese India. Rule 7 A (b) provides that nothing in the Rules should be deemed to authorize the grant of a licence to export to Portuguese India any arms, ammunition or military stores, unless they were exported for the exclusive use of, or covered by a special import licence issued by, the Government of Portuguese India. This Rule 7 A (b) was made to conform to paragraph 4 of Article XVIII of the Treaty of 1878, one provision of which reads:

“The exportation of arms, ammunition or military stores from the Indian dominions of one of the High Contracting Parties into

indiqué le Gouvernement de Bombay dans sa réponse à la lettre du gouverneur général de l'Inde portugaise en date du 22 décembre 1890, ont traversé le territoire britannique dans l'exercice de leurs fonctions sans en avoir demandé et obtenu l'autorisation préalable, notamment sur la route de Damao à Silvassa (Nagar-Aveli). Plus significatif encore est le fait cité plus haut que les autorités britanniques ont déclaré préférer continuer à observer la pratique consistant à ne pas entraver ce passage en reconnaissant évidemment la nécessité pour eux-mêmes et cédant à des considérations de commodité personnelle sur la base de la réciprocité.

12. Aucun élément du dossier ne montre que cette pratique ait subi aucune modification importante après que le traité de 1878 eut pris fin. Les accords de 1913, 1920 et 1940, tandis que l'un d'entre eux réaffirmait la nécessité d'une autorisation préalable pour le passage des forces armées, ont formulé cette pratique coutumière avec davantage de précision pour le passage de la police armée portugaise sur le territoire britannique intermédiaire.

13. Au cours de la période post-britannique, jusqu'en 1954, il semble que l'Inde ait également respecté cette pratique.

14. Pour les armes et les munitions, etc., l'article 17 de l'*Act XXXI* de 1860 exigeait pour l'importation en territoire britannique une licence accordée soit par le gouverneur général de l'Inde en conseil soit par un fonctionnaire autorisé à cet effet par le gouverneur général en conseil. Cet *Act* a été remplacé par l'*Indian Arms Act* de 1878 (contre-mémoire, annexe C. n° 59). L'article 6 dispose que nul ne transportera par terre ou par mer à destination ou en provenance du territoire britannique des armes, des munitions ou des fournitures militaires s'il ne justifie d'une licence (sous certaines exceptions non pertinentes ici). L'article 10 habilite le gouverneur général en conseil à réglementer ou interdire le transport de toutes armes, munitions ou fournitures militaires. Les *Indian Arms Rules* de 1879 (*ibid.*, n° 60) fixent les dispositions relatives à la délivrance de licences pour l'importation et l'exportation des armes, des munitions et des fournitures militaires. En 1880, le gouverneur général en conseil y a ajouté la règle 7 A (*ibid.*, n° 60). Cette règle dispose à l'alinéa a) que rien dans les *Rules* ne sera considéré comme autorisant l'octroi de licences en vue d'importer des armes, munitions ou fournitures militaires provenant de l'Inde portugaise; à l'alinéa b), que rien dans les *Rules* ne sera considéré comme autorisant l'octroi de licences en vue d'exporter à destination de l'Inde portugaise des armes, munitions ou fournitures militaires, à moins qu'elles ne soient exportées pour l'usage exclusif du Gouvernement de l'Inde portugaise ou qu'elles ne fassent l'objet d'une licence spéciale d'importation délivrée par le Gouvernement de l'Inde portugaise. La règle 7 A b) était conforme au quatrième alinéa de l'article XVIII du traité de 1878, qui disposait :

« L'exportation d'armes, de munitions ou fournitures militaires des possessions de l'une des Hautes Parties contractantes dans

those of the other shall not be permitted, except with the consent of, and under rules approved of by, the latter. The Government of British India and Portuguese India shall co-operate to enforce all such rules as are herein contemplated."

Although Rule 7 A (b) was repealed in 1895 after the Treaty of 1878 lapsed, Rule 7 A (a) remained in force and was re-enacted in new Rules in 1909 and in subsequent re-enactments (*ibid.*, No. 66).

15. But the significant point to note is that the effect of this Rule 7 A (a) was merely to make it necessary to address applications not to the Government of Bombay, which could grant a licence only for the export of arms and ammunition, but, as was the case under the Act XXXI of 1860 referred to above, to the Government of India, which alone could sanction importation of arms and ammunition from Portuguese India. Thus, when applications for authorization to transport arms and ammunition, whether they were from Daman to Nagar-Aveli, or from Goa to Nagar-Aveli, or from Nagar-Aveli to Goa, were so addressed, the requested authorization was always granted by the Government of India, regardless of whether the articles consisted of rifles or bandoliers, or "certain rifles and cartridges", or "certain guns and cartridges". For example, such applications were granted on 28 November 1898, and again on 28 January 1915 and 1 October 1917 (Counter-Memorial, Annex C. Nos. 64 and 65). Applications made on 11 January 1939 for free transit for three muskets being sent from Nagar-Aveli to Daman and three others to be sent from Daman to Nagar-Aveli (Counter-Memorial, Annex E. No. 40) and on 24 March 1939 for eight muskets with 400 cartridges and one revolver with 50 cartridges (*ibid.*, Annex No. 41), and on 17 April 1940 for free transit for 52,000 cartridges to be sent from Daman to Nagar-Aveli (*ibid.*, No. 42), were likewise all granted.

16. The conclusion to be drawn from the practice of the British authorities in regard to Portuguese arms and ammunition is that while their importation into British territory was nominally subject to the strict provisions of the Arms Act and Arms Rules for general application, special dispensation was always granted by the Government of India which was alone competent to authorize it. This was a natural and understandable practice, for the passage of arms and ammunition, like that of troops, was a matter of greater importance to the territorial sovereign in consideration of security than the passage of goods and civil officials, and therefore required more effective control. But the need of troops and arms and ammunition, whenever it arose, was also more imperative for the exercise of her sovereignty by Portugal over the enclaves and obviously this factor was fully realized by the British authorities. In order to obviate misinterpretation of the general provisions of the Arms Act and the Arms Rules, particularly Rule 7 A (a), and consequent

celles de l'autre ne sera point permise, excepté avec le consentement de cette dernière et sous les règlements approuvés par elle. Les Gouvernements de l'Inde britannique et de l'Inde portugaise s'uniront pour appliquer les règlements traités dans cet article. »

Bien que la règle 7 A b) ait été abrogée en 1895 après que le traité de 1878 fut venu à son terme, la règle 7 A a) est demeurée en vigueur et a été maintenue dans les nouvelles *Rules* promulguées en 1909 ainsi que dans leurs remises en vigueur successives (*ibid.*, n° 66).

15. Mais le point intéressant à noter est que cette règle 7 A a) se bornait à imposer que les demandes soient adressées non pas au Gouvernement de Bombay, qui ne pouvait accorder de licences que pour l'exportation d'armes et de munitions, mais, comme le disposait l'*Act XXXI* de 1860 susmentionné, au Gouvernement de l'Inde qui seul pouvait autoriser l'importation d'armes et de munitions en provenance de l'Inde portugaise. Ainsi, lorsque les demandes d'autorisation de transporter des armes et des munitions, qu'il s'agît d'un transit de Damao à Nagar-Aveli ou de Goa à Nagar-Aveli ou de Nagar-Aveli à Goa, étaient ainsi adressées, les autorisations demandées étaient toujours accordées par le Gouvernement de l'Inde, quels que fussent les articles: fusils ou cartouchières, « certains types de fusils et de cartouches ». Des demandes de ce genre ont été satisfaites le 28 novembre 1898, puis à nouveau le 28 janvier 1915 et le 1^{er} octobre 1917 (contre-mémoire, annexe C. nos 64 et 65). Les demandes de libre transit faites le 11 janvier 1939 pour trois mousquets envoyés de Nagar-Aveli à Damao et trois autres envoyés de Damao à Nagar-Aveli (contre-mémoire, annexe E. n° 40), le 24 mars 1939 pour huit mousquets avec quatre cents cartouches et un revolver avec cinquante cartouches (*ibid.*, annexe n° 41) et le 17 avril 1940 pour le passage de cinquante-deux mille cartouches envoyées de Damao à Nagar-Aveli (*ibid.*, n° 42) ont été également satisfaites.

16. La conclusion à tirer de la pratique des autorités britanniques à l'égard des armes et munitions portugaises est la suivante: si leur importation en territoire britannique était nominalement soumise aux strictes dispositions des *Arms Act* et *Arms Rules* quant à leur application générale, des dispenses spéciales étaient toujours accordées par le Gouvernement de l'Inde, seul compétent pour les autoriser. Pratique à la fois naturelle et compréhensible, car le passage des armes et munitions, comme celui des troupes, revêtait plus d'importance pour le souverain territorial du point de vue de la sécurité que le passage des marchandises et des fonctionnaires civils et, par conséquent, nécessitait un contrôle plus effectif. Mais lorsqu'elle se présentait pour le Portugal, la nécessité de disposer de troupes, d'armes et de munitions était à son tour plus impérieuse puisqu'il s'agissait d'assurer l'exercice de sa souveraineté sur les enclaves, et les autorités britanniques étaient pleinement conscientes évidemment de l'importance de ce facteur. Afin de prévenir toute

controversy and incidents with Portugal, the grant of authorization for such passage between Portuguese possessions in India, including that between Daman and the enclaves, was controlled and regulated directly by the Government of India instead of by the British local authorities. The fact that no application in the record for such passage over British territory to the Portuguese enclaves from Daman or from the enclaves to another part of Portuguese territory in the Indian peninsula was ever refused, clearly indicates, in my view, British recognition of the special situation involved in regard to the enclaves.

17. The Government of the Union of India respected and continued this practice up till 1954.

18. From the foregoing account of the British and Indian practice in regulating the passage of troops, armed police, and arms and ammunition from one Portuguese possession to another across intervening British and later Indian territory, it appears clear that such passage took place constantly and without difficulty, just as in the case of private persons, civil officials and ordinary goods. In fact, as pointed out above, the practice of authorizing passage of arms and ammunition was even more uniform and constant than in the case of ordinary goods.

19. The requirement of an application to, and a permission by, the British authorities for the passage of troops and arms and ammunition in each case only meant, in my view, a stricter measure of control and regulation and did not necessarily signify that the British considered themselves as warranted to refuse it at will and did not regard Portugal as entitled to effect such passage. The degree of control must naturally vary according to the nature of the passage desired. The relatively simpler and less formal procedure adopted for the passage of Portuguese armed police, under the various agreements referred to above for "control of a fairly easily exercisable type" in the words of the British authorities cited above, appears clearly to confirm this view.

For between the different categories of passage, as for example between civil officials and armed forces or armed police and between ordinary goods and arms or ammunition, the difference in the procedure of allowing passage between Daman and the enclaves was a matter of degree in the policy of control and regulation rather than intended to establish a distinction between what was considered warranted by local custom and what was not so warranted. The uniformity and constancy of the practice of granting passage to armed forces, armed police and arms and ammunition was, indeed, more marked than, for example, in the case of ordinary goods as

interprétation défectueuse des dispositions générales des *Arms Act* et *Arms Rules*, et notamment de la règle 7 A a), et d'obvier à toute controverse et à tout incident avec le Portugal qui risqueraient d'en découler, la délivrance des autorisations relatives au passage entre les possessions portugaises en Inde, y compris entre Damao et les enclaves, était contrôlée et réglementée directement par le Gouvernement de l'Inde et non par les autorités britanniques locales. Le fait qu'on ne relève au dossier aucun cas de refus de demande de passage sur territoire britannique entre Damao et les enclaves portugaises ou entre ces enclaves et toute autre partie des possessions portugaises dans la péninsule de l'Inde montre clairement, à mon avis, que les Britanniques reconnaissaient la situation particulière relative aux enclaves.

17. Le Gouvernement de l'Union indienne a respecté et continué à observer cette pratique jusqu'en 1954.

18. Ce qui vient d'être dit de la pratique britannique et indienne relative au règlement du passage des troupes, de la police armée, des armes et des munitions d'une possession portugaise à une autre à travers le territoire intermédiaire britannique et ultérieurement indien montre clairement que ce passage s'effectuait constamment et sans difficulté, tout comme dans le cas des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires. En fait, comme on l'a déjà souligné, la pratique consistant à autoriser le passage des armes et des munitions revêtait même un caractère encore plus uniforme et constant que dans le cas des marchandises ordinaires.

19. La nécessité de demander et d'obtenir l'autorisation des autorités britanniques pour le passage des troupes, des armes et des munitions à chaque occasion ne représentait, à mon avis, qu'une mesure plus stricte de contrôle et de réglementation et ne signifiait pas nécessairement que les Britanniques jugeaient pouvoir refuser cette autorisation à leur gré et ne considéraient pas le Portugal comme habilité à exercer le passage. Le degré de contrôle devait naturellement varier en fonction de la nature du passage demandé. La procédure relativement plus simple et moins formelle adoptée pour le passage de la police armée portugaise, en vertu des divers accords dont on a fait état plus haut, et permettant un « contrôle assez facile à exercer », pour reprendre les termes déjà cités des autorités britanniques, semble nettement confirmer ce point de vue.

En effet, pour les différentes catégories considérées, par exemple pour les fonctionnaires civils par opposition aux forces armées ou à la police armée et pour les marchandises ordinaires par opposition aux armes ou aux munitions, la différence caractérisant la procédure d'autorisation du passage entre Damao et les enclaves n'était qu'une question de degré dans la politique de contrôle et de réglementation appliquée et n'était pas destinée à établir une distinction entre ce que la coutume locale aurait justifié ou non. Le caractère uniforme et constant de la pratique consistant à accorder le passage pour les forces armées, la police armée, les armes et les munitions

seen earlier. Nor was there, it appears to me, any evidence of less consciousness on the part of the British authorities of an obligation, *opinio juris sive necessitatis*, in regard to these three categories of passage than in regard to those of private persons, Portuguese civil officials and ordinary goods. In my view there was implicit recognition on the part of the British authorities of a local custom for permitting passage between Daman and the enclaves of all the six categories of persons and goods, without any legal distinction but all subject, if necessary, to the control and regulation of the intervening territorial State.

20. The right of passage, as claimed and defined by Portugal, has two concurrent features. Its content is to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves, and its exercise is, at the same time, subject to the control and regulation of India in so far as the passage takes place over the intervening Indian territory. These two elements are inherent in the principle of territorial sovereignty from which flows the right of passage on the one hand and the right of control and regulation on the other. It means that with the right on each side there also exists an obligation—that of India to accord passage and that of Portugal to respect the rules of procedure respecting the application for, and grant of, passage. In other words, the rights and obligations of both sides are concomitant and correlative. But they are reconcilable with each other in the light of how the problem was successfully dealt with in the past—in the long period before 1954; that is, on the basis of the local custom which had crystallized from the constant and uniform practice of both the British and Indian authorities before that year.

It appears clear to me that the basic element in the policy of control and regulation of passage by the intervening territorial State in the past was consideration in good faith of its own national interest. Where there was possible prejudice to such interest, passage was restricted or prohibited as was the case in regard to ordinary goods. But where there was no likelihood of such prejudice, passage was readily granted even in regard to armed forces, armed police, and arms and ammunition, as has been shown above. This element of interest was the common denominator in the policy of control and regulation applied to all categories of passage, whatever variations there were in the procedure adopted for granting it.

était, en vérité, plus marqué que, par exemple, dans le cas des marchandises ordinaires, comme on l'a déjà vu précédemment. A mon sens, rien ne permet non plus de conclure que les autorités britanniques aient eu moins conscience d'une obligation de leur part, *opinio juris sive necessitatis*, pour ces trois catégories que pour le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils portugais et des marchandises ordinaires. A mon avis, il y a eu reconnaissance implicite par les autorités britanniques d'une coutume locale consistant à autoriser le passage entre Damao et les enclaves de chacune des six catégories considérées de personnes et de marchandises, sans qu'elles fassent l'objet d'aucune distinction d'ordre juridique, mais toutes étant soumises, le cas échéant, au contrôle et à la réglementation de l'État souverain du territoire intermédiaire.

20. Le droit de passage, tel qu'il est revendiqué et défini par le Portugal, présente un double caractère. Son contenu s'étend dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves, et son exercice est soumis en même temps au contrôle et à la réglementation de l'Inde pour autant que le passage a lieu sur le territoire indien intermédiaire. Ces deux éléments sont inhérents au principe de la souveraineté territoriale d'où découlent, d'une part, le droit de passage et, d'autre part, le pouvoir de contrôle et de réglementation. Ceci signifie qu'il existe pour l'une et l'autre Partie à côté d'un droit une obligation — celle pour l'Inde d'accorder le passage et pour le Portugal de respecter les règles de procédure relatives à la demande d'autorisation de passage et à l'octroi de cette autorisation. En d'autres termes, les droits et les obligations des deux Parties sont concomitants et corrélatifs. Mais ils sont conciliables en tenant compte de la manière dont le problème a été heureusement résolu dans le passé — pendant la longue période qui a précédé 1954; c'est-à-dire en se fondant sur la coutume locale qui s'est cristallisée à partir de la pratique constante et uniforme des autorités britanniques comme des autorités indiennes jusqu'à cette époque.

Il m'apparaît évident que, dans le passé, l'élément fondamental de la politique d'un État souverain en matière de contrôle et de réglementation d'un droit de passage sur un territoire intermédiaire a été la prise en considération, en toute bonne foi, de son intérêt national. Si un préjudice éventuel risquait d'être porté à cet intérêt, le droit de passage était restreint ou annulé, comme ce fut le cas pour certaines marchandises ordinaires. Mais lorsque le risque d'un tel préjudice semblait peu vraisemblable, l'autorisation de passage était aisément accordée, même s'il s'agissait de forces armées, de police armée et d'armes et de munitions, comme on l'a vu ci-dessus. Cet intérêt national a été le commun dénominateur de la politique de contrôle et de réglementation appliquée à toutes les catégories de passage, quelles qu'aient été les variations dans la procédure observée pour l'octroi de ces autorisations.

21. If a local custom had evolved, as it undoubtedly had, for a right of passage between Daman and the enclaves for private persons, Portuguese civil officials and ordinary goods, a similar custom, in my opinion based upon the consistent practice in the past, had likewise come into being for a right of passage in regard to Portuguese armed forces, armed police, and arms and ammunition. Whatever distinction was observed by the British and Indian Governments in granting passage between the enclaves and between them and coastal Daman for the different categories was a matter of degree in applying a common policy of control and regulation for all the categories of passage rather than a matter of studied differentiation of the scope or content of the right of passage as between one category and another.

22. It should also be noted that originally Portugal possessed an implicit right of access to the assigned villages to collect the granted annual revenue and this right necessarily included access of Portuguese troops, armed police, and arms and ammunition over the intervening Maratha territory from Daman to the villages. In fact Article 11 of the "Capitulations relating to the conditions in which Portugal receives the Pragana of Nagar-Aveli", dated 1785 (Annex 8 to Memorial) reads in part:

"... and the Portuguese will quell any rebellion of the Colys which might break out in the same Pragana".

True, this is of the character of an obligation imposed upon Portugal. But in order to be able to carry out this obligation, she was entitled, by necessary implication, to use all requisite and reasonable means. In other words, she had the implicit right to bring Portuguese troops, armed police, and arms and ammunition into the villages for the purpose of quelling rebellion. This right of access had, under the Marathas, as valid a basis as that for Portuguese civil officials and non-military goods for their use. Though not often invoked by Portugal during the Maratha period, it was more frequently exercised after the fall of the Maratha Empire as an essential attribute of Portuguese sovereignty over the enclaves. Like the right of passage for private persons, civil officials and ordinary goods, it also developed into a customary right in fact, as seen from the uniform and constant practice referred to above.

II

23. Moreover, there are additional grounds for recognizing the broader scope of the right of passage for Portugal.

21. Si, comme il est incontestable, une coutume locale s'est créée à l'égard d'un droit de passage entre Damao et les enclaves touchant les personnes privées, les fonctionnaires civils portugais et les marchandises ordinaires, j'estime, me fondant sur la pratique constante du passé, qu'une coutume similaire s'était également établie quant au droit de passage touchant les forces armées, la police armée, les armes et munitions portugaises. Quelles qu'aient été les distinctions apportées par les autorités britanniques et indiennes dans l'octroi des autorisations de passage entre les enclaves, de même qu'entre les enclaves et Damao (Damao littoral) selon les diverses catégories, il s'agissait là d'une différence de degré dans l'application d'une politique commune de contrôle et de réglementation applicable à toutes les catégories de passage, plutôt que d'une différenciation raisonnée quant à l'étendue ou au contenu du droit de passage pour les diverses catégories.

22. Il convient également de noter qu'à l'origine le Portugal possédait un droit d'accès implicite aux villages qui lui avaient été assignés pour la perception du revenu annuel à lui consenti, et que ce droit englobait nécessairement l'accès des troupes, de la police armée et des armes et munitions portugaises sur le territoire mahratte intermédiaire, entré Damao et les villages. En fait l'article 11 des « Capitulations [de 1785] relatives aux conditions dans lesquelles le Portugal a reçu la pragana de Nagar-Aveli » (annexe 8 au mémoire) dit notamment :

« ... et ils étoufferont toute rébellion des Colys qui se produirait dans ladite Pragana ».

Il est vrai que cette disposition a le caractère d'une obligation imposée au Portugal. Mais pour être en mesure de remplir cette obligation il avait le droit, nécessairement sous-entendu, d'utiliser tous les moyens requis et raisonnables. En d'autres termes, il avait implicitement le droit d'amener dans les villages des troupes, de la police armée et des armes et munitions portugaises pour y étouffer la rébellion. Ce droit d'accès avait, sous les Mahrattes, une base aussi valide que le droit accordé aux fonctionnaires civils portugais et aux marchandises de caractère non-militaire destinées à leur usage. Bien qu'il n'ait pas souvent été invoqué par le Portugal au cours de la période mahratte, il a été plus fréquemment exercé après la chute de l'empire mahratte comme un attribut essentiel de la souveraineté portugaise sur les enclaves. Tout comme le droit de passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires, il s'est également transformé, en fait, en un droit coutumier, comme il ressort de la pratique uniforme et constante évoquée ci-dessus.

II

23. Il existe d'ailleurs des raisons supplémentaires pour reconnaître un caractère plus étendu au droit de passage du Portugal.

Since Portugal bases this claim upon its title of sovereignty, it is equally justifiable under the principle of territorial sovereignty. For as to the validity of this title there is little ground for doubt. Although no such title was acquired under the Marathas, and although during the early years of British succession the attitude of the British authorities on the subject was obscure, their tacit recognition of Portuguese sovereignty over the enclaves became increasingly clear as time went on. The record of negotiations between the Portuguese and British Commissioners for "the exchange of a narrow piece of land which should unite the Pragana of Nagar-Aveli with the other Praganas adjacent to the Fort of Daman", though the project did not materialize, lends further support to this conclusion. It is also confirmed by the Treaty of 26 December 1878 concluded between Great Britain and Portugal which in its preamble states: "being equally animated by the desire ... to improve and extend the relations of commerce between their respective dominions...". No exception or exclusion was stipulated as regards the enclaves in the reference to the "respective dominions"; and British recognition of Portuguese sovereignty over the enclaves, as well as over the other parts of the Portuguese dominions, must have been equally implied. There was nothing in the record to indicate any modification of the British attitude after the termination of the treaty in 1891.

24. When India succeeded Great Britain and became an independent State, there was no indication in the conduct of her relations with Portugal that she had adopted a different attitude in regard to the Portuguese dominions on the Indian sub-continent, notwithstanding her known aspiration for "the re-establishment of her geographical and historical unity". It is true that Counsel for India asked in the oral pleadings: "When—where—by whom—did the Indian Union recognize Portugal's territorial sovereignty?" But under international law such recognition need not always be express or explicit. It does not always call for an open declaration; it may be tacit.

In all its dealings with the Portuguese authorities in the Indian Peninsula or at Lisbon, the Government of the Indian Union, until the events of 1954 occurred, appears to have always regarded the enclaves, as well as the other territories of Portuguese India, as belonging to Portugal. Indeed in the Aide-Memoire of the Indian Legation at Lisbon of 27 February 1950 to the Portuguese Ministry of Foreign Affairs, "the request for an immediate start of negotiations regarding the future of Portuguese colonies in India" was expressly stated to be for "the peaceful reunion of what is now Portuguese India with the Indian Republic". (Memorial, Annex 29.) Again, in a Note of 14 January 1953 from the Indian Legation to

Si le Portugal fonde sa présente revendication sur son titre de souveraineté, cette revendication se justifie aussi par le principe même de la souveraineté territoriale. On ne saurait raisonnablement douter de la validité de ce titre. S'il est vrai qu'aucun titre de ce genre n'a été acquis sous les Mahrattes et si, pendant les premières années de la souveraineté britannique l'attitude des autorités britanniques à ce sujet reste mal connue, il est devenu de plus en plus évident, avec le temps, que ces autorités reconnaissaient tacitement la souveraineté portugaise sur les enclaves. Les documents relatifs aux négociations entre les commissaires portugais et britanniques en vue de « l'échange d'une étroite bande de terrain qui réunirait la Pragana de Nagar-Aveli aux autres Praganas adjacentes au fort de Damao », même si ce projet ne s'est pas réalisé, viennent encore à l'appui de cette conclusion. Elle est également confirmée par le traité du 26 décembre 1878 conclu entre la Grande-Bretagne et le Portugal où il est dit dans le préambule que ces deux États sont « animés du désir ... d'améliorer et d'augmenter les relations commerciales entre leurs dominations respectives... ». Aucune exception ni exclusion n'a été stipulée au sujet des enclaves dans cette référence aux « dominations respectives » ; et la reconnaissance par les autorités britanniques de la souveraineté portugaise sur les enclaves, ainsi que sur d'autres parties des possessions portugaises, doit également avoir été implicite. Rien, dans le dossier, n'indique une modification quelconque de l'attitude britannique après que le traité de 1891 eut cessé d'être en vigueur.

24. Lorsque l'Inde a succédé à la Grande-Bretagne et est devenue un État indépendant, rien n'indique dans la conduite de ses relations avec le Portugal qu'elle ait adopté une attitude différente touchant les possessions portugaises dans la péninsule indienne, en dépit de ses aspirations bien connues au « rétablissement de son unité géographique et historique ». Il est vrai que le conseil de l'Inde a demandé au cours de sa plaidoirie : « Quand — où — par la voix de qui l'Union indienne a-t-elle reconnu la souveraineté territoriale du Portugal? » Mais en droit international une telle reconnaissance n'a pas toujours besoin d'être expresse ou explicite. Elle n'exige pas toujours une déclaration publique; elle peut être tacite.

Dans tous ses rapports avec les autorités portugaises dans la péninsule indienne ou à Lisbonne, le Gouvernement de l'Union indienne, jusqu'aux événements de 1954, semble avoir toujours considéré les enclaves ainsi que les autres territoires de l'Inde portugaise comme appartenant au Portugal. En fait, dans l'aide-mémoire présenté par la légation de l'Inde à Lisbonne au ministre des Affaires étrangères du Portugal, en date du 27 février 1950, « pour demander l'ouverture immédiate de négociations portant sur l'avenir des colonies portugaises en Inde », cette demande est expressément présentée comme visant à « la réunion pacifique à la République indienne de ce qui est maintenant l'Inde portugaise ». (Mémoire,

the Portuguese Ministry of Foreign Affairs, it is stated in its final paragraph:

“The Government of India have suggested that the principle of direct transfer should be accepted first and that this should be followed by a *de facto* transfer of the administration... The legal sovereignty of Portugal would continue until the steps then considered appropriate had been taken to give effect to the decisions arrived at. The Government of India would be glad if the Government of Portugal would accept these suggestions as a basis for the proposed negotiations.” (Memorial, Annex 31.)

Thus it is beyond doubt that as late as 1953 India continued to consider all the Portuguese territories in India as under Portugal's *legal sovereignty* without making any exception concerning the enclaves of Dadra and Nagar-Aveli.

25. Since international law makes no distinction between one sovereignty and another, Portuguese sovereignty over the enclaves is as much entitled to exist as the sovereignty of the State by whose territory it is encircled. And the passage of troops, armed police, and arms and ammunition is as indispensable to the exercise of the Portuguese sovereignty as, if not more so than, the passage of private persons, civil officials and ordinary goods. Even though the situation of an enclave is a special one, it is inconceivable in international law that one sovereignty exists only by the will or caprice of another sovereignty. But on the other hand, while it is true that this right of passage imposes a correlative obligation binding on the State through whose territory it has to be effected, it is not an absolute, unrestricted right; in the nature of things its exercise must be subject to control and regulation by the sovereign of the intervening territory.

The existence of two conflicting rights, however, is not an uncommon phenomenon in international law. In the complexities of intercourse between nations such a situation is often unavoidable. It is, however, not an intractable problem; its solution only calls for mutual adaptation and adjustment. By reference to, and application of, the general principles of law as stipulated in Article 38, 1, (c), of the Statute, as well as to customary international law, similar situations have found solutions in the past.

26. In municipal law, as disclosed by a comparative study by Professor Max Rheinstein, the right of access to enclaved property is always sanctioned. Admittedly, there are important distinctions between a right of passage of an international enclave and that of an enclaved land owned by a private individual. But in whatever mould municipal law may be cast, in whatever technical framework it may be installed, in harmony with national tradition or out of preference for a particular legal fiction, the underlying prin-

annexe 29.) De même, dans une note du 14 janvier 1953 adressée par la légation de l'Inde au ministère des Affaires étrangères du Portugal, il est dit dans le dernier paragraphe :

« Le Gouvernement de l'Inde a proposé l'acceptation préalable du principe d'un transfert direct qui devrait être suivi d'un transfert de fait de l'administration... La souveraineté juridique du Portugal serait maintenue jusqu'à ce que les mesures jugées utiles soient prises pour rendre applicables les décisions intervenues. Le Gouvernement de l'Inde serait heureux que le Gouvernement du Portugal accepte ces propositions comme point de départ des négociations proposées. » (Mémoire, annexe 31.)

Il est donc hors de doute que jusqu'en 1953 l'Inde a continué à considérer tous les territoires portugais en Inde comme étant sous la *souveraineté juridique* du Portugal sans établir aucune exception au sujet des enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli.

25. Le droit international n'établissant aucune distinction entre une souveraineté et une autre, la souveraineté portugaise sur les enclaves est tout autant justifiée à exister que la souveraineté de l'État dont le territoire les entoure. Et le passage de forces armées, de police armée et d'armes et munitions est aussi indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise, sinon davantage, que le passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises ordinaires. Si même la situation d'une enclave revêt un caractère spécial, il est inconcevable en droit international que l'existence d'une souveraineté dépende de la volonté ou du caprice d'une autre souveraineté. Mais d'autre part, s'il est vrai que ce droit de passage impose à l'État qui possède le territoire où ce passage est effectué une obligation correspondante, ce droit ne saurait être absolu et sans restriction; par la nature des choses son exercice doit être soumis au contrôle et à la réglementation du souverain du territoire intermédiaire.

L'existence de deux droits contradictoires n'est pas toutefois, en droit international, un phénomène exceptionnel. Dans l'extrême complexité des rapports entre nations il est souvent impossible d'éviter qu'une situation de ce genre se crée. Mais le problème n'est pas insoluble non plus. Il exige seulement une adaptation et un accommodement. En se référant aux principes généraux de droit mentionnés à l'article 38, 1 c), du Statut ainsi qu'au droit coutumier et en les appliquant, on a réussi dans le passé à résoudre pareils problèmes.

26. En droit interne, comme il ressort d'une étude comparative du professeur Max Rheinstein, le droit d'accès aux domaines enclavés est toujours admis. Il est certain que la différence est considérable entre un droit de passage relatif à une enclave internationale et un autre qui porte sur un fonds enclavé appartenant à un particulier. Mais dans quelque moule que soit coulé le droit interne, dans quelque cadre technique qu'il soit fixé, qu'il s'agisse de se conformer à une tradition nationale ou que l'on préfère se fonder sur une fiction

ciple of recognition of such a right, in its essence, is the same. It is the principle of justice founded on reason.

27. Indeed, in the last analysis, the fact that an enclaved land in municipal law and an enclaved territory in the international domain has always been able to enjoy passage through the surrounding land of another owner or the surrounding territory of another State, is based upon reason and the elementary principle of justice. For such land or territory this transit is a necessity and it is reasonable to provide for this necessity both in municipal law and in customary international law. As the great Dutch juriconsult, Cornelius van Bynkershoek, has so well said: "In the law of nations, reason is sovereign..." It is reason which dictates the recognition of a rule of international customary law in application of the principle of justice. Only by the existence of this rule of customary law can it be explained that through the centuries, though many territorial enclaves have existed and disappeared in the course of the development of international relations, not a single case of disappearance has been due to denial of passage and the consequent geographical suffocation or strangulation. The reasonableness of according passage through the surrounding territory accounts for the constancy and uniformity of the usage which has ripened into a customary right of passage for international enclaves, however restricted or qualified it may be according to the circumstances of each case.

28. On the surface, the right of passage of the sovereign of an enclave and the right of the sovereign of the surrounding territory to uphold his territorial sovereignty appear to be conflicting, but, as I have already remarked, they are not incompatible or irreconcilable with each other. The fact that enclaves exist and thrive today in many parts of the world shows that whatever difficulties may have arisen between the enclaved and enclaving territories from time to time have always been satisfactorily arranged in good faith and with goodwill on both sides. The relations between the two territorial situations are not unlike the relations between the ocean and the rivers which empty their waters into it. Sometimes the necessity to exercise the sovereignty over the enclave is more pressing than the right of the enclaving State to protect its territorial sovereignty intact and sometimes the reverse is true; just as during the spring thaw a river rising high with water discharges it deep into the ocean and, during the flow of the tide, the ocean pushes its tide water well up the river, without denying the existence of either. They co-exist and perform their respective functions. There is no intrinsic conflict between them and there is none either between the right of passage of an enclave of one State and the territorial sovereignty of the enclosing State. For customary international law is no less resourceful than the law of geophysics.

juridique particulière, le principe sous-jacent à la reconnaissance de ce droit est essentiellement le même. C'est un principe de justice, fondé sur la raison.

27. En dernière analyse, le fait qu'en droit interne les fonds enclavés et en droit international les territoires enclavés ont toujours joui d'un droit de passage sur les fonds environnants appartenant à un autre propriétaire ou sur les territoires environnants appartenant à un autre État se fonde en vérité sur la raison en même temps que sur le principe élémentaire de la justice. Pour ces fonds ou ces territoires le transit est une nécessité, et il est raisonnable de prendre des dispositions pour y satisfaire tant en matière de droit interne qu'en matière de droit international coutumier. Comme l'a si bien dit le grand jurisconsulte néerlandais Cornelius van Bynkershoek, « en matière de droit des gens, la raison est souveraine... ». C'est la raison qui impose la reconnaissance d'une règle de droit international coutumier en application du principe de la justice. Seule l'existence de cette règle de droit coutumier peut expliquer qu'au cours des siècles, alors que bien des enclaves territoriales ont existé puis disparu dans le mouvement des relations internationales, aucune de ces disparitions n'a été imputable à un refus de passage qui aurait entraîné un étouffement ou un étranglement géographique. Le caractère raisonnable du fait d'accorder passage sur le territoire environnant justifie la constance et l'uniformité de cet usage devenu, avec le temps, un droit coutumier à l'égard des enclaves internationales, quelles que puissent être les restrictions ou les réserves qui y sont apportées selon le cas.

28. À première vue, le droit de passage du souverain d'une enclave et le droit qu'a le souverain du territoire environnant de préserver sa souveraineté territoriale peuvent sembler s'opposer mais, je l'ai dit, ils ne sont ni incompatibles, ni inconciliables. Si des enclaves existent et prospèrent aujourd'hui dans bien des régions du monde, c'est qu'en dépit des difficultés qui ont pu surgir de temps à autre entre territoires enclavés et territoires adjacents, ces difficultés ont toujours été heureusement aplanies par la bonne foi et la bonne volonté des deux parties. Les rapports entre ces deux situations territoriales ne sont pas sans ressembler à ceux des océans et des fleuves qui s'y déversent. Il arrive parfois que la nécessité d'exercer une souveraineté sur les enclaves soit plus pressante que le droit de l'État qui entoure l'enclave à conserver intacte sa souveraineté territoriale, et il arrive parfois que ce soit le contraire; de même, au moment des fontes printanières, les eaux gonflées du fleuve s'avancent profondément dans l'océan et, au temps de la marée, l'océan pousse ses vagues dans l'estuaire, sans pour autant que l'un menace l'existence de l'autre. Les flots coexistent et jouent chacun leur rôle. Nul conflit intrinsèque entre eux, non plus qu'entre le droit de passage de l'enclave d'un État et la souveraineté territoriale de l'État où s'insère l'enclave. Car le droit international coutumier n'offre pas moins de ressources que les lois de la géographie physique.

29. For the reasons stated above, I hold that Portugal's right of passage between the enclaves and between them and coastal Daman embraces all the six categories, to the extent necessary for the exercise of Portuguese sovereignty over the enclaves and subject to control and regulation by India.

(Signed) WELLINGTON KOO.

Pour toutes les raisons que je viens d'exposer, je tiens que le droit de passage du Portugal entre les enclaves comme entre les enclaves et Damao (Damao littoral) embrasse les six catégories sans exception, dans la mesure indispensable à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves et sous réserve du pouvoir de contrôle et de réglementation de l'Inde.

(Signé) WELLINGTON KOO.