

## AFFAIRE DU DROIT DE PASSAGE SUR TERRITOIRE INDIEN (FOND)

Arrêt du 12 avril 1960

L'affaire du droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde) avait été soumise à la Cour par une requête déposée le 22 décembre 1955. Dans cette requête, le Gouvernement du Portugal expose que son territoire dans la péninsule de l'Inde comprend notamment deux enclaves entourées par le territoire indien, Dadra et Nagar-Aveli, et que, à propos des communications de ces enclaves soit avec l'arrondissement côtier de Damao, soit entre elles, se pose la question d'un droit de passage au profit du Portugal en territoire indien et d'une obligation correspondante à la charge de l'Inde. La requête énonce qu'en juillet 1954 le Gouvernement de l'Inde a empêché le Portugal d'exercer ce droit de passage et que le Portugal a ainsi été mis dans l'impossibilité d'exercer ses droits de souveraineté sur les enclaves.

A la suite de cette requête, la Cour s'est trouvée en présence de six exceptions préliminaires opposées par le Gouvernement de l'Inde. Par un arrêt rendu le 26 novembre 1957, elle a rejeté les quatre premières de ces exceptions et joint au fond la cinquième et la sixième.

Dans son arrêt, la Cour a :

a) Rejeté la cinquième exception préliminaire par 13 voix contre 2;

b) Rejeté la sixième exception préliminaire par 11 voix contre 4;

c) Dit, par 11 voix contre 4, que le Portugal avait en 1954 un droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et l'arrondissement côtier de Damao et entre ces enclaves elles-mêmes, sur le territoire indien intermédiaire, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur ces enclaves et sous la réglementation et le contrôle de l'Inde, pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général;

d) Dit, par 8 voix contre 7, que le Portugal n'avait en 1954 ce droit de passage ni pour les forces armées, ni pour la police, ni pour les armes et munitions;

e) Dit, par 9 voix contre 6, que l'Inde n'a pas agi contrairement aux obligations qui lui imposait le droit de passage du Portugal pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général.

Le Président et MM. Basdevant, Badawi, Kojevnikov et Spiropoulos, juges, ont joint à l'arrêt des déclarations. M. Wellington Koo, juge, a joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle. MM. Winiarski et Badawi, juges, ont joint à l'arrêt l'exposé commun de leur opinion dissidente. MM. Armand-Ugon, Moreno Quintana et sir Percy Spender, juges, et MM. Chagla et Fernandes, juges *ad hoc*, ont joint à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente.

\*  
\* \*

Dans son arrêt, la Cour constate que les conclusions déposées par le Portugal lui demandent tout d'abord de dire et juger qu'un droit de passage existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde; le Portugal n'invoque ce droit que, dans la mesure nécessaire à l'exercice de sa souveraineté dans les enclaves, ne prétend pas que le passage soit assorti d'immunités et précise que ce passage reste soumis à la réglementation et au contrôle de l'Inde, réglementation et contrôle qui doivent être exercés de bonne foi, l'Inde étant tenue de ne pas empêcher le passage nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise. La Cour recherche alors à quelle date elle doit se placer pour apprécier si le droit invoqué existe ou non. La question du droit de passage lui ayant été posée à l'occasion d'un différend surgi au sujet des entraves apportées par l'Inde au passage, c'est à la veille de l'établissement de ces entraves qu'elle doit se placer; procéder ainsi laisse intacts les arguments de l'Inde touchant la caducité ultérieure du droit de passage.

Le Portugal demande ensuite à la Cour de dire et juger que l'Inde ne s'est pas conformée aux obligations qui lui impose le droit de passage. Mais la Cour constate que, ni dans la requête ni dans les conclusions finales des parties, il ne lui est demandé de dire si, par son attitude à l'égard de ceux qui ont provoqué le renversement de l'autorité portugaise à Dadra et à Nagar-Aveli en juillet et août 1954, l'Inde a manqué aux obligations que le droit international général lui imposerait de prendre des mesures appropriées pour prévenir l'incursion d'éléments subversifs dans le territoire d'un autre Etat.

Se tournant alors vers l'avenir, les conclusions du Portugal invitent la Cour à décider que l'Inde doit mettre fin aux mesures par lesquelles elle s'oppose à l'exercice du droit de passage ou, au cas où la Cour admettrait une suspension momentanée de ce droit, à prononcer que ladite suspension devra prendre fin dès que l'évolution de la situation en aura fait disparaître la justification. Le Portugal invite auparavant la Cour à déclarer sans fondement les thèses de l'Inde concernant son droit d'adopter une attitude de neutralité, l'application de la Charte des Nations Unies et l'existence dans les enclaves d'un gouvernement local. Mais la Cour estime qu'il n'entre pas dans ses fonctions judiciaires de prononcer dans le dispositif de l'arrêt que telle ou telle de ces thèses est ou non fondée.

\*  
\* \*

Avant d'examiner le fond, la Cour doit déterminer si elle est compétente pour le faire : c'est ce que l'Inde a expressément contesté.

Dans sa cinquième exception préliminaire, le Gouvernement de l'Inde s'est fondé sur la réserve que comporte sa déclaration d'acceptation de la juridiction

de la Cour, en date du 28 février 1940, qui exclut de cette juridiction les différends relatifs à des questions qui, d'après le droit international, relèvent exclusivement de la juridiction de l'Inde. La Cour constate que, au cours de la procédure, l'une et l'autre parties se sont placées sur le terrain du droit international et l'ont parfois expressément déclaré. La cinquième exception ne saurait donc être retenue.

La sixième exception préliminaire se réfère, elle aussi, à la déclaration du 28 février 1940. L'Inde, qui a accepté la juridiction de la Cour "pour tous les différends nés après le 5 février 1930, concernant des situations ou des faits postérieurs à ladite date", soutient que le différend ne répond à aucune de ces deux conditions. En ce qui concerne la première condition, la Cour observe que le différend n'a pu naître que lorsque tous ses éléments constitutifs ont existé; parmi ces éléments se trouvent les obstacles que l'Inde aurait, en 1954, apportés à l'exercice du passage par le Portugal; à ne considérer même que la partie du différend qui porte sur la prétention du Portugal à un droit de passage, quelques incidents s'étaient produits avant 1954, mais sans amener les parties à prendre des positions de droit nettement définies et s'opposant l'une à l'autre; rien ne permet donc de dire que le différend ait pris naissance avant 1954. En ce qui concerne la seconde condition, la Cour permanente de Justice internationale a (en 1938) distingué entre les situations ou faits qui constituent la source des droits revendiqués par l'une des parties et les situations ou faits générateurs du différend: seuls ces derniers doivent être retenus. Or le différend soumis à la Cour concerne à la fois la situation des enclaves, qui a fait naître la prétention du Portugal à un droit de passage, et les faits de 1954 que le Portugal présente comme comportant des atteintes à ce droit; c'est de cet ensemble qu'est né le différend et cet ensemble, quelle que soit l'origine ancienne de l'un de ses éléments, n'a existé qu'après le 5 février 1930. Il n'est pas demandé à la Cour de dire et juger quoi que ce soit concernant le passé antérieur à cette date; elle estime donc n'avoir pas à retenir la sixième exception, et, en conséquence, elle s'estime compétente.

\*  
\* \* \*

En ce qui concerne le fond et tout d'abord le droit de passage tel qu'il est revendiqué par le Portugal, l'Inde soutient que ce droit est trop vague et contradictoire pour que la Cour puisse se prononcer à son sujet par application des règles juridiques énumérées à l'Article 38, 1, du Statut. Il n'est pas douteux que l'exercice journalier de ce droit peut donner lieu à de délicates questions d'application mais cela ne constitue pas, aux yeux de la Cour, un motif suffisant pour conclure à l'impossibilité de sa reconnaissance judiciaire.

Le Portugal invoque le Traité de Poona de 1779, conjointement avec des *sanads* (décrets) émis par le souverain mahrate en 1783 et 1785, comme lui ayant conféré la souveraineté sur les enclaves avec le droit de passage pour y accéder; l'Inde objecte que ce que l'on présente comme le traité de 1779 n'a pas été valablement conclu et n'a jamais été en droit un traité obligeant les Mahrates. Mais la Cour constate qu'à aucun moment les Mahrates n'ont formulé de doute quant à la validité ou quant au caractère obligatoire de ce traité. L'Inde prétend en outre que le Traité et les deux *sanads* n'ont pas opéré en faveur du Portugal un

transfert de souveraineté, mais simplement la concession d'un revenu sur des villages à lui assignés. La Cour ne saurait conclure de l'examen des différents textes du Traité de 1779 qui lui ont été soumis que leur teneur ait visé un transfert de souveraineté; d'autre part, les termes utilisés dans les deux *sanads* établissent qu'il n'a été concédé aux Portugais qu'une tenure d'ordre fiscal appelée *jagir* ou *saranjam*, et il n'a pas été signalé à la Cour un seul cas où une concession de cet ordre ait été interprétée comme équivalant à une cession de souveraineté. Il ne pouvait donc être question d'enclaves, ni de droit de passage en vue d'exercer une souveraineté sur des enclaves.

La Cour constate que la situation se modifia avec l'accession des Britanniques à la souveraineté sur cette partie du pays au lieu et place des Mahrates: la souveraineté du Portugal sur les villages fut reconnue en fait et par implication par les Britanniques, elle le fut ensuite tacitement par l'Inde. En conséquence, les villages acquièrent le caractère d'enclaves portugaises en territoire indien et le passage vers ces enclaves a donné lieu entre les Portugais et le souverain territorial à une pratique que le Portugal invoque pour établir le droit de passage par lui réclamer. Il est allégué au nom de l'Inde qu'aucune coutume locale ne saurait se constituer entre deux Etats seulement, mais la Cour voit difficilement pourquoi le nombre des Etats entre lesquels une coutume locale peut se constituer sur la base d'une pratique prolongée devrait nécessairement être supérieur à deux.

Il est admis de part et d'autre qu'au cours des périodes britannique et postbritannique le passage des personnes privées et des fonctionnaires civils n'a été soumis à aucune restriction en dehors du contrôle normal. A l'exception des armes et munitions, les marchandises ont également passé librement sous la seule réserve, à certaines époques, des règlements douaniers et des contrôles nécessités par des considérations de sécurité ou de fiscalité. La Cour conclut donc que, en ce qui est des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général, il a existé une pratique uniforme de libre passage entre Damao et les enclaves; elle considère, eu égard à toutes les circonstances de l'espèce, que cette pratique a été acceptée par les parties comme étant le droit et a donné naissance à un droit et à une obligation correspondante.

En ce qui concerne les forces armées, la police armée et les armes et munitions, la situation est différente.

Il apparaît que au cours des périodes britannique et postbritannique les forces armées et la police armée portugaises ne passaient pas entre Damao et les enclaves à titre de droit et que, après 1878, leur passage n'a pu avoir lieu qu'avec l'autorisation préalable des Britanniques, puis des Indiens, donnée soit en vertu d'un accord réciproque antérieur, soit dans des cas d'espèce: il est allégué que cette autorisation était toujours accordée, mais rien dans le dossier n'indique que les Britanniques ou les Indiens aient été obligés d'accorder leur autorisation.

Ainsi, un traité du 26 décembre 1878 entre la Grande-Bretagne et le Portugal disposait que la force armée de l'un des deux gouvernements n'entrerait dans les possessions de l'autre que dans des cas spécifiés ou sur demande formelle de la partie désirant cette entrée. La correspondance échangée par la suite prouve que cette disposition était applicable au passage entre Damao

et les enclaves : le Portugal cite 23 cas où les forces armées portugaises auraient traversé sans autorisation le territoire britannique entre Damao et les enclaves; mais, en 1890, le Gouvernement de Bombay se plaignit de ce que des hommes en armes au service du Gouvernement portugais eussent l'habitude de traverser sans en formuler officiellement la demande une partie du territoire britannique en se rendant de Damao à Nagar-Aveli, ce qui semblait constituer une violation du traité; le 22 décembre, le Gouverneur général de l'Inde portugaise répondit : "Les troupes portugaises ne traversent jamais le territoire britannique sans autorisation préalable", et le Secrétaire général du Gouvernement de l'Inde portugaise précisa le 1<sup>er</sup> mai 1891 : "Ce gouvernement donnera des ordres pour la stricte observation... du traité." Cette exigence d'une demande formelle préalable au passage des forces armées se retrouve dans un accord de 1913. Pour la police armée, le traité de 1878 et ledit accord de 1913 en réglaient le passage sur une base de réciprocité, et un accord de 1920 disposait qu'au-dessous d'un certain rang les policiers armés ne pénétreraient pas sur le territoire de l'autre sans consentement préalable; enfin, un accord de 1940 relatif au passage des policiers portugais armés sur la route de Damao à Nagar-Aveli énonçait que, si leur nombre n'était pas supérieur à dix, leur passage devrait être signalé aux autorités britanniques dans les vingt-quatre heures, mais que, dans le cas contraire, "la pratique actuelle devrait être suivie et l'assentiment des autorités britanniques obtenu comme auparavant par voie de notification préalable".

Quant au passage des armes et munitions, le traité de 1878 et les règles édictées en vertu de l'*Indian Arms Act* de 1878 interdisaient d'importer des armes, munitions ou fournitures militaires en provenance de l'Inde portugaise ou d'en exporter à destination de celle-ci sans licence spéciale. La pratique suivie par la suite montre clairement que cette disposition s'est appliquée au transit entre Damao et les enclaves.

La Cour ayant constaté que la pratique établie entre les parties exigeait la permission des autorités britanniques ou indiennes pour le passage des forces armées, de la police armée et des armes et munitions, il est sans

intérêt de déterminer si, en l'absence de la pratique qui a effectivement prévalu, le Portugal aurait pu fonder sa prétention à un droit de passage pour ces catégories sur la coutume internationale générale ou sur les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées, coutume et principes que le Portugal invoque également. La Cour se trouve en présence d'un cas concret présentant des caractères spéciaux: par ses origines, l'affaire remonte à une période et concerne une région où les rapports entre Etats voisins n'étaient pas régis par des règles formulées avec précision, mais largement commandés par la pratique; se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux Etats et acceptés par les parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique. La Cour estime, par conséquent, qu'un droit de passage en faveur du Portugal avec obligation correspondante à la charge de l'Inde n'a été établi ni pour les forces armées, ni pour la police armée, ni pour les armes et munitions.

Ayant admis que le Portugal avait en 1954 un droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, la Cour recherche enfin si l'Inde a agi contrairement à l'obligation que lui imposait le droit de passage du Portugal pour chacune de ces catégories. Le Portugal ne prétend pas que l'Inde ait agi contrairement à cette obligation jusqu'en juillet 1954, mais il se plaint de ce qu'ensuite le passage ait été refusé aux ressortissants portugais d'origine européenne, aux Portugais d'origine indienne au service du Gouvernement portugais et à une délégation que le Gouverneur de Damao se proposait en juillet 1954 d'envoyer à Nagar-Aveli et à Dadra. La Cour constate que les événements qui se produisirent à Dadra les 21 et 22 juillet 1954 et aboutirent au renversement de l'autorité portugaise dans cette enclave suscitèrent une certaine tension dans le territoire indien environnant; en raison de cette tension, la Cour estime que le refus de passage opposé par l'Inde relevait de son pouvoir de réglementation et de contrôle du droit de passage du Portugal.

Par ces motifs, la Cour se prononce comme il a été indiqué plus haut.