

REVUE GÉNÉRALE  
DE  
**Droit International Public**

---

TROISIÈME SÉRIE — TOME XXXI  
TOME LXIV — 1960

---

Pour sa part cette *Revue* ne saurait oublier qu'A. Alvarez a été un de ses premiers et plus fidèles collaborateurs, comme l'indiquent les nombreux articles parus ici même sous sa signature sur la Conférence de Mexico (1902, pp. 530-590), sur le conflit de limites entre l'Argentine et le Chili (1903, pp. 651-690), sur le droit international américain (1907, pp. 393-405) et sa codification (1912, pp. 24-52), sur la doctrine de Monroe (1911, pp. 37-44), sur la méthodologie de la codification (1912, pp. 725-747). Enfin l'un des traits du caractère d'A. Alvarez qu'on ne peut passer sous silence était son attachement à ses amis. L'une de ses dernières apparitions en public à la fin de sa vie, alors qu'il était déjà souffrant et ne se déplaçait plus qu'avec difficulté, fut, appuyé sur son fidèle secrétaire Robert Héraud — dont le dévouement inlassable doit être rappelé à cette place — pour assister le 11 novembre 1957 dans l'Eglise diocésaine des Etrangers au service religieux célébré à la mémoire du professeur Marcel Sibert.

Ch. R.

**PETROS VALLINDAS**  
(1912-1960)

Le professeur Petros G. Vallindas est mort subitement le 10 février dernier à l'âge de 48 ans à la suite d'une crise cardiaque. Cette disparition brutale, survenue en pleine maturité, met fin à une activité qui s'était brillamment manifestée en divers domaines et frappe douloureusement la science hellénique du droit des gens.

Né à La Canée le 20 avril 1912, P. Vallindas, après de sérieuses études aux Universités d'Athènes et de Berlin, fut nommé en 1938 professeur agrégé à la Faculté de Droit d'Athènes. Il devait quitter en 1944 cette Université pour celle de Salonique, où il occupait la chaire de droit international privé et dont il devait devenir doyen cinq ans plus tard. Il dirigeait l'Institut hellénique de droit international et étranger, qu'il avait fondé en 1939 et qui publie depuis 1948 la *Revue hellénique de droit international*. En 1952 il avait été élu associé de l'Institut de droit international et avait encore activement participé à sa dernière session à Neuchâtel en septembre 1959. L'Institut l'avait alors chargé du rapport de sa 26<sup>e</sup> Commission sur les obligations délictuelles en droit international privé.

C'est en effet dans le domaine du droit international privé que le professeur Vallindas avait donné sa mesure. Parmi ses nombreuses publications, c'est son grand *Traité de droit international privé* en deux volumes, paru en 1937 avec la collaboration de G. Streit, qui devait asseoir sa réputation. Mais il s'intéressait aussi au droit international public et avait consacré dès 1948 un article de la *Revue hellénique* au problème de la compétence essentiellement nationale. L'homme était affable, d'une activité et d'une vitalité étonnantes ; et sa disparition affecte de manière sensible la science et l'Université grecques.

Ch. R.

**L'AFFAIRE DU DROIT DE PASSAGE  
SUR TERRITOIRE INDIEN  
DEVANT LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (\*)**

Les circonstances dans lesquelles a été rendu l'arrêt de la Cour en cette affaire (12 avril 1960) sont assez particulières. Les deux Parties en ont triomphé, chacune déclarant y trouver la sanction de ses prétentions. Ce qui n'a pas empêché les juges nationaux d'exposer chacun une opinion dissidente. Un tel résultat est trop exceptionnel pour n'être pas affecté d'un degré d'incertitude, qui confine ici à l'équivoque.

Il convient de relater d'abord l'évolution des événements qui, à partir de 1953, ont progressivement transformé les conditions de fait dans lesquelles s'effectuait avant cette époque l'exercice du droit de passage revendiqué par le Portugal (1).

Parmi les possessions portugaises de la zone côtière de l'Inde figure le district de Damao qui comprend deux arrondissements, celui de Damao proprement dit, accessible par mer, et, à l'intérieur, celui de Nagar-Aveli, constitué de deux petites régions enclavées en territoire indien, Dadra et Nagar-Aveli proprement dit. L'enjeu du différend était le droit du Portugal au libre transit sur territoire indien entre Damao et les enclaves et entre les enclaves elles-mêmes, celles-ci parcelles géographiquement et démographiquement assez peu importantes de ses possessions dans l'Inde. Jusqu'en 1953 il n'apparaît pas que ce droit ait été contesté dans son principe ou entravé dans son exercice par les gouvernements qui, depuis le

(\*) Voir le texte de l'arrêt de la Cour, *infra*, pp. 818.

(1) Avant de statuer au fond, la Cour, qui dans une instance antérieure (arrêt du 26 novembre 1957) avait déjà rejeté quatre exceptions préliminaires soulevées par l'Inde, a également écarté les deux exceptions qu'elle avait jointes au fond.

xviii<sup>e</sup> siècle, ont successivement exercé la souveraineté sur les régions indiennes circonvoisines : l'Empire Mahratte, la Grande-Bretagne et, depuis son indépendance, l'Union indienne. Les entraves au passage n'apparurent qu'à la suite du refus opposé, en 1953, par le Portugal aux demandes de l'Union indienne de lui céder l'ensemble de ses territoires dans la péninsule hindoustane. Ces visées annexionnistes de la Nouvelle-Delhi imprimèrent aussitôt au différend un caractère hautement politique. Elles furent à l'origine des incidents violents qui marquèrent le mois de juillet 1954, date que l'arrêt de la Cour a retenue comme la date critique à partir de laquelle se serait instituée une situation nouvelle qui aurait rendu l'exercice du passage impraticable.

N'ayant pu obtenir, en dépit d'insistances qui allèrent jusqu'à la fermeture de sa légation à Lisbonne, la cession directe des territoires portugais, l'Union indienne prit, à partir de 1953, une série de mesures progressivement restrictives du droit de passage : extension de l'exigence du passeport et du visa au passage en transit par le Gouverneur de Damao et par les fonctionnaires portugais d'origine européenne. Exigence nouvelle, mais encore compatible en soi avec l'état de droit revendiqué par le Portugal, déjà annonciatrice pourtant d'une politique qui, par l'interruption des communications, visait à réaliser l'isolement des enclaves.

A la fin du mois de juillet et au début du mois d'août 1954, des bandes armées venues, selon la version portugaise, des territoires indiens voisins, attaquèrent et occupèrent les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli qui, depuis lors, sont restées soustraites à l'exercice effectif de l'autorité portugaise. Ces agissements furent dénoncés par le Portugal comme des actes d'agression accomplis avec la connivence de l'Union indienne, celle-ci les ayant favorisés tant en facilitant leur préparation sur territoire indien qu'en refusant arbitrairement au Portugal les facilités de passage qui lui eussent permis, par l'envoi de renforts, de rétablir son autorité.

Le Gouvernement de l'Union indienne a contesté cette interprétation des faits. Il a présenté ceux-ci comme étant la conséquence d'une insurrection générale et spontanée, d'un mouvement de libération en face duquel l'Inde était fondée à refuser, soit au nom du principe de non-intervention, soit par égard pour le droit d'auto-disposition des peuples, l'autorisation de passage demandée par les autorités portugaises pour l'envoi d'une force armée destinée à rétablir la situation.

L'exposé des faits se dégage des conclusions des Parties comme de leur argumentation écrite et orale devant la Cour. Il ne figure qu'incomplètement dans l'arrêt, lequel n'en a retenu que les éléments strictement indispensables à la décision délibérément limitée rendue dans cette affaire.

## I

### LES CONCLUSIONS DES PARTIES. LE DISPOSITIF DE L'ARRÊT

Ramenées à l'essentiel, les conclusions finales du Portugal (6 octobre 1959) tendaient à faire dire par la Cour :

1. Que, tel que défini dans ses conclusions, c'est-à-dire limité aux besoins de l'exercice de la souveraineté portugaise et subordonné dans son exercice à la réglementation et au contrôle des autorités indiennes, le droit de passage entre les enclaves de Dadra et de Nagar-Aveli et entre lesdites enclaves et l'arrondissement côtier de Damao « existe au profit du Portugal et doit être respecté par l'Inde » ;

2. Que, par ses mesures prohibitives à l'égard du transit portugais et par l'appui au moins indirect que ces mesures avaient apporté au mouvement insurrectionnel dans les enclaves, « l'Inde ne s'est pas conformée aux obligations que lui impose le droit de passage du Portugal » ;

3. Relativement aux obstacles que l'exercice du droit de passage rencontrerait du fait de la situation existant dans les enclaves depuis le mois de juillet 1954, que de tels obstacles ne pourraient en tout cas avoir pour effet que de suspendre momentanément cet exercice, sans porter atteinte à l'exercice du droit ; qu'une telle suspension ne serait justifiée ni par la prétendue neutralité de l'Inde, ni davantage par les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux droits de l'homme et au droit des peuples de disposer d'eux-mêmes ;

4. Que l'existence dans les enclaves d'un gouvernement local *de facto* provisoire, qui n'était pas représenté devant la Cour, ne fait pas obstacle à ce que la Cour remplisse sa mission juridictionnelle et statue sur la demande du Portugal ;

5. Que, dans le cas où la Cour estimerait qu'en raison de circonstances exceptionnelles à un moment donné l'exercice du passage, particulièrement celui des forces armées portugaises, apparaîtrait de nature à compromettre gravement l'ordre public de

l'Inde, elle décide que ledit passage sera momentanément suspendu, mais que cette suspension devra prendre fin dès que l'évolution de la situation en aura fait disparaître la justification.

Les conclusions prises par l'Union indienne se ramenaient en substance aux points suivants :

1. Quant au droit de passage revendiqué et à son fondement, que ce droit, tel que défini par le Portugal, et l'obligation corrélative sont affectés de contradictions et d'imprécisions telles que la reconnaissance judiciaire en paraît impossible ; qu'au surplus, à aucun moment, la reconnaissance dans le passé du fait de la souveraineté portugaise ne s'était accompagnée de la reconnaissance d'obligations quelconques relativement au prétendu droit de passage et que la Grande-Bretagne et l'Inde avaient conservé à cet égard une compétence discrétionnaire sans limitation d'aucune sorte ;

2. Quant à la violation du droit de passage en juillet-août 1954, que les restrictions apportées par l'Inde fin 1953 et début 1954 au passage vers les enclaves des agents portugais s'expliquaient amplement « par la volonté du Gouvernement de New-Delhi de répondre aux mesures restrictives prises par l'administration de Goa à l'égard des ressortissants indiens, par son souci de ne pas favoriser l'extension aux enclaves du régime de terreur instauré à Goa par l'autorité portugaise pour prévenir et réprimer par la violence des manifestations du sentiment national indien, ainsi que par sa décision d'interdire le passage sur territoire indien aux fonctionnaires portugais qui s'étaient signalés par leur mépris pour les Asiatiques ; qu'une fois le mouvement de libération commencé à Dadra, l'Union indienne était en droit de refuser aux autorités portugaises, tant par application du principe de droit international de non-intervention que par égard pour le droit d'auto-disposition des peuples reconnu par la Charte, l'autorisation du passage de renforts, à supposer qu'il y en eût eu de disponibles » et qu'en conséquence « aucun reproche ne peut être adressé à l'Union indienne du chef de l'usage qu'elle fit de sa compétence discrétionnaire en refusant, en juillet 1954, aux agents de l'Etat portugais, passage sur son territoire » ;

3. Relativement aux événements postérieurs à juillet-août 1954, que « si même des obligations de passage avaient existé à charge de l'Inde dans le passé, elles devraient être considérées comme caduques en présence du changement survenu dans les circons-

tances, notamment de la formation à Silvassa d'une administration locale indépendante ». Attirant tout particulièrement sur ce fait l'attention de la Cour, le Gouvernement de l'Inde déclarait qu'une décision qui condamnerait « sans l'avoir entendue, à l'écrasement l'entité politique indépendante qui s'est constituée, heurterait la justice ».

La Cour, par onze voix contre quatre, dit 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 ;

Par huit voix contre sept, dit que le Portugal n'avait en 1954 ce droit de passage ni pour les forces armées, ni pour la police armée, ni pour les armes et munitions ;

Par neuf voix contre six, dit que l'Inde n'a pas agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit de passage du Portugal pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général.

## II

### LE DROIT DE PASSAGE EN 1954

La Cour a donc accueilli la demande du Portugal de reconnaître son droit de passage, au moins pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général. Mais avec une limitation capitale : ce que le Portugal avait demandé au temps présent et comme un droit actuel, la Cour le situe dans le passé : « dit que le Portugal avait en 1954 un droit de passage ». Elle s'abstient de se prononcer sur la suite de la conclusion portugaise : « et que ce droit doit être respecté par l'Inde ».

Comment la Cour justifie-t-elle cette prise de position ? Avant de s'en expliquer, elle met en balance les conséquences des deux termes de l'alternative qui s'offrait à elle :

« Si l'on se place à la veille des événements de 1954 qui ont créé une situation nouvelle, laquelle fait depuis lors échec à l'exercice par le Portugal de son autorité dans les enclaves sans d'ailleurs y avoir

substitué celle de l'Inde, les données pertinentes pour guider la Cour dans sa décision seront celles existant à la veille de ces événements. Si, au contraire, l'on se place au jour du présent arrêt, il faudra faire état — sauf à en apprécier la valeur — des arguments de l'Inde tendant à établir que le droit de passage, à supposer qu'il ait existé auparavant, est devenu caduc à la suite des événements de 1954 et dans les circonstances actuelles. »

Sur ce point, la Cour reconnaît que le Portugal n'ayant pas spécifié la date à laquelle il convenait de s'attacher, « on peut être tenté de s'attacher à la date de la requête ou à celle de l'arrêt ». « Mais, ajoute-t-elle aussitôt, procéder ainsi serait ne pas tenir compte des conditions dans lesquelles la question de l'existence du droit de passage a été posée à la Cour ». A ce sujet, la Cour observe que le différend est né à l'occasion des entraves au passage reprochées à l'Inde par le Portugal et que l'objet immédiat de la requête portugaise a été d'obtenir de la Cour une décision relative au caractère illicite desdites entraves. Elle en conclut : « Cela étant, c'est à la veille de l'établissement de ces entraves qu'il faut se placer pour apprécier si le droit du Portugal existait ou non ».

On ne substitue pas un raisonnement à une demande d'une Partie quand cette demande est formulée en des termes qui ne prêtent à aucune équivoque. C'est la reconnaissance d'un droit actuel, dont il s'estimait être et rester le titulaire, tant au moment du dépôt des conclusions finales qu'à celui du dépôt de la requête, qui était l'objet de la demande du Portugal. Force est de constater que sur ce point capital cette demande est restée sans réponse.

Dans une déclaration très ferme, le Président de la Cour, M. Helge Klaestad, a relevé le fait :

« De l'avis du Président, il semble que c'est l'époque à laquelle les parties ont déposé leurs conclusions finales (octobre 1959) qui aurait dû être choisie pour trancher cette question. Cela paraît conforme à l'argumentation orale et écrite des deux Parties aussi bien qu'à leurs conclusions finales. En se limitant à l'examen de la situation telle qu'elle existait en juillet 1954, l'arrêt n'a pas résolu l'ensemble du différend tel qu'il a été soumis à la Cour. En tout cas, la date pertinente pour trancher la question juridique pouvait difficilement être fixée à une date antérieure à celle de la requête (22 décembre 1955). »

La Cour s'est trouvée placée devant une situation incontestablement délicate. Sans avoir à connaître du problème politique que posait le renversement de l'administration portugaise ou l'existence prétendue d'une entité politique nouvelle dans les enclaves, elle ne pouvait fermer les yeux sur le fait que ces transformations

rendaient, au moins temporairement, l'exercice du droit de passage impraticable. En faisant droit à la conclusion formulée en ordre subsidiaire par le Portugal tendant à faire déclarer l'exercice du droit comme seulement suspendu, la Cour aurait pu éviter de créer un *vacuum* juridique et de laisser en suspens la question, manifestement la plus importante pour les deux Parties, de la survivance du droit (2).

La Cour a préféré ne pas s'engager dans cette voie. Elle n'a pas entendu se prononcer, si peu que ce soit, sur les conséquences de la « situation nouvelle » dont elle constate l'existence. Très délibérément, elle a laissé hors du cadre de sa décision et la thèse portugaise de la simple suspension du droit et la thèse indienne de sa caducité. Traitant de ce dernier aspect du problème, elle a déclaré que sa décision laisse « intacts les arguments de l'Inde touchant la caducité ultérieure du droit de passage et de l'obligation correspondante », en précisant que c'est « à propos de ce qu'il faudra décider non plus pour le passé, mais pour le présent et l'avenir, que ces arguments pourront, si de telles questions se posent, être pris en considération ». Ainsi, la césure est clairement affirmée : en dépit de la conclusion principale du Portugal, la Cour s'en tiendra à l'examen de la situation juridique telle qu'elle se présentait au mois de juillet 1954.

### III

#### LE FONDEMENT ET LE CONTENU DU DROIT DE PASSAGE TITRES GÉNÉRAUX ET TITRES PARTICULIERS

La demande, très mesurée, du Portugal, ne revendiquait le droit de passage que dans la mesure nécessaire à l'exercice de la souveraineté portugaise sur les enclaves et encore sous réserve du droit pour l'Inde d'en réglementer et d'en contrôler l'exercice et sans prétendre à aucune immunité. Quant à l'obligation corrélative de l'Inde de respecter ce droit, le Portugal se bornait à soutenir que dans l'exercice de ses pouvoirs de réglementation et de contrôle l'Union indienne était obligée de se conformer à certaines règles, sa compétence dans cet ordre d'idées n'étant pas une compétence discrétionnaire, mais une compétence « liée ». La demande portu-

(2) Voir *infra* sous V, La prétendue caducité du droit de passage ; les aspects politiques du litige et l'accomplissement de la fonction judiciaire.

gaise ne tendait pas à réduire la souveraineté de l'Inde, mais seulement à empêcher que celle-ci s'exerçât dans des conditions qui rendraient impossible l'administration des enclaves.

A cette thèse l'Inde opposait en première ligne l'objection suivante : Le droit de passage revendiqué était trop vague, affecté de trop d'imprécisions et de contradictions pour faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire sur pied de l'article 38 du Statut de la Cour. Vidé de tout contenu réel en raison du but trop mal défini que lui assignait le demandeur (l'exercice de la souveraineté sur les enclaves), ainsi que de la reconnaissance par ce dernier d'un pouvoir de réglementation tout à fait général de l'Inde, le droit prétendu était indéterminable ; il se réduisait à une pure abstraction.

Il ne fut pas difficile à l'éminent conseil du Gouvernement portugais, le professeur Bourquin, de démontrer que cette objection, qui fut nettement écartée par la Cour, était sans fondement. Plus encore que le droit interne, l'ordre juridique international abonde en règles « souples » qui, sans les vider de leur substance, circonscrivent dans leur exercice les droits et devoirs des Etats souverains. Tout en admettant que l'exercice journalier du droit de passage, tel qu'il était énoncé par le Portugal avec obligation correspondante à la charge de l'Inde, peut donner lieu à « de délicates questions d'application », la Cour n'a pas vu en celles-ci un motif suffisant pour conclure à l'impossibilité d'une reconnaissance judiciaire. « La Cour, a-t-elle déclaré, estime que le droit de passage revendiqué par le Portugal a été défini en l'espèce avec une précision suffisante pour lui permettre de se prononcer à son sujet ». Le passage a donc bien été reconnu comme un droit et non, comme le soutenait l'Inde, comme une simple tolérance.

A l'appui de la reconnaissance de ce droit, le Gouvernement portugais avait invoqué deux catégories de titres : les uns généraux, à savoir les principes généraux de droit et la coutume générale ; les autres particuliers, les conventions et une coutume locale. Dans son argumentation toutes les sources de droit énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour trouvaient leur application.

C'est sur la seule base d'une coutume locale que l'arrêt a admis l'existence, en 1954, d'un droit de passage, en restreignant ce droit au passage des personnes privées, des fonctionnaires civils et des marchandises en général. Un tel droit impliquait la reconnaissance de la souveraineté portugaise par le souverain du territoire intermédiaire à une date à déterminer sur les enclaves. La Cour n'a pas admis que cette souveraineté pût remonter au XVIII<sup>e</sup> siècle, à

l'époque de l'Empire Mahratte. Le Traité de Poona, conjointement avec les décrets de 1783 et 1785, ne lui a pas paru concluant à cet égard. Mais, déclare-t-elle, cette situation s'est modifiée avec l'accession des Britanniques à la souveraineté sur cette partie du pays. Sans avoir reconnu expressément la souveraineté du Portugal sur les villages, les Britanniques l'admirent « en fait et par implication ». Ainsi se constituèrent en territoire indien des enclaves portugaises. Elles donnèrent naissance à une pratique de passage que l'Inde, à son tour, a respectée après son accession à l'indépendance.

La Cour a écarté avec raison l'objection de l'Inde, selon laquelle aucune coutume locale ne saurait se constituer entre deux Etats seulement :

« La Cour ne voit pas la raison pour qu'une pratique prolongée et continue entre deux Etats, pratique acceptée par eux comme régissant leurs rapports, ne soit pas à la base de droits et d'obligations réciproques entre ces deux Etats. »

Par ailleurs, la Cour a estimé qu'elle se trouvait en présence d'un « cas concret présentant des caractères spéciaux ». Particularisant et limitant ainsi à un haut degré la portée de sa décision, elle n'a pas jugé nécessaire de rechercher au-delà d'une pratique sur laquelle les parties étaient bien d'accord si la coutume internationale générale ou les principes de droit reconnus par les nations civilisées pouvaient conduire au même résultat :

« Se trouvant en présence d'une pratique clairement établie entre deux Etats et acceptée par les parties comme régissant leurs rapports, la Cour doit attribuer un effet décisif à cette pratique en vue de déterminer leurs droits et obligations spécifiques. Une telle pratique particulière doit l'emporter sur des règles générales éventuelles. »

Le Portugal, au contraire, avait vivement insisté sur l'importance du droit international général. Ses conseils en avaient même fait la base essentielle de leur argumentation. On se reportera avec intérêt aux développements consacrés à cet objet dans leurs écritures et dans leurs plaidoiries. On retiendra particulièrement dans la plaidoirie du professeur Bourquin l'exposé relatif aux principes généraux de droit *lato sensu*, c'est-à-dire en tant que principes fondamentaux inhérents à la structure des rapports interétatiques ; dans celle du professeur Lalive, les développements relatifs aux principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées au sens de l'article 38 du Statut de la Cour.

Les exposés écrits et oraux au nom de l'Union indienne retiendront l'attention par la démonstration de l'inexistence d'une coutume générale en la matière, encore que, considéré non dans les détails de son organisation, mais dans son essence, le droit de passage en cas d'enclave réponde à une nécessité profonde, et que sous les formes conventionnelles diverses qu'il a pu revêtir il ait la valeur d'un principe inhérent aux exigences de la vie sociale (3). En définitive, toute reconnaissance par un Etat de l'existence, à l'intérieur de son territoire, d'enclaves relevant de la souveraineté d'un autre Etat, oblige cet Etat à ne pas empêcher l'exercice de cette souveraineté en s'opposant aux communications sans lesquelles cet exercice serait impossible.

En ne retenant, parmi les titres invoqués par le Portugal, que le seul titre particulier que constitue la coutume locale, la Cour a-t-elle fait tort à la demande portugaise ? Plus précisément, la prise en considération des titres généraux invoqués par le Portugal l'aurait-elle conduite, comme le demandait celui-ci, à étendre la reconnaissance du droit de passage aux forces armées, à la police armée, aux armes et aux munitions ? On relèvera à ce sujet que ce fut seulement par huit voix contre sept que la Cour s'est prononcée contre le droit à un tel passage. Toutefois, c'est bien plus par une interprétation divergente de la pratique ou coutume locale que par un recours aux principes généraux de droit ou à une coutume générale que certains juges ont fondé leur dissentiment ; ce qui semble les avoir déterminés, c'est une considération qui d'ailleurs dominait tout le problème : la conciliation nécessaire de deux souverainetés territoriales reconnues de part et d'autre, également respectables dans leurs exigences fondamentales. « Le droit international, a dit à ce propos le juge Wellington Koo, 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'Etat dont le territoire les entoure. Et le passage des forces armées, de la police armée et d'armes et

(3) Voir à ce sujet les observations du Juge Wellington Koo qui, se référant aux principes généraux de droit de l'article 38 du Statut, s'exprime comme suit : « 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 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 ».

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 » (4).

Sans doute, la priorité assignée par l'article 38 du Statut de la Cour à un titre particulier — convention ou pratique locale — n'exclut-elle pas *a priori* la prise en considération simultanée de la coutume générale ou des principes généraux. Il est des titres particuliers qui, en dernière analyse, reposent sur des règles générales, qui ne s'expliquent que par celles-ci et qui n'en sont, en dernière analyse, qu'une application et une manifestation concrète. Pour les interpréter correctement ou pour combler leurs lacunes, il peut être nécessaire de recourir soit à un principe général qui les domine, soit à une coutume générale dont ils ne sont que l'expression concrète et individualisée.

Encore faut-il, pour raisonner ainsi, que l'analyse des faits — en l'espèce d'une pratique entre deux Etats — ne fasse pas apparaître un cas d'espèce nettement individualisé. On conçoit donc que, selon les conclusions d'une telle analyse, les juges de la majorité aient cru devoir s'en tenir à l'examen de la pratique locale, tandis que d'autres, estimant que cette analyse n'autorisait pas à établir une distinction tranchée entre les diverses catégories de passages, aient jugé devoir recourir aux considérations plus générales que leur suggéraient les principes généraux ou une coutume générale. En faveur de cette deuxième opinion, on peut naturellement faire valoir qu'à l'envisager de façon générale et abstraite, le droit de passage du chef d'enclave peut, à un très haut degré, se réclamer de considérations universellement admises. Ce n'est pas sans quelque raison que le juge *ad hoc* portugais, M. Fernandès, a dit à ce sujet : « S'il n'y a pas là un principe général de droit également valable et pour le droit interne et pour le droit international, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour, alors c'est qu'il n'y a pas de principes satisfaisant aux conditions de cet article ».

Pour intéressantes qu'elles fussent, ces considérations ne pouvaient prévaloir contre la conviction de la majorité des juges, selon lesquels une distinction nette s'était établie dans la pratique entre

(4) Cf. l'observation du Juge et ancien Président de la Cour, M. Basdevant : « Tout en souscrivant à ce qu'a dit la Cour sur le caractère de décision d'espèce de la décision ici rendue, j'aurais volontiers retenu davantage la constatation que, dans le cas présent, deux souverainetés territoriales, reconnues de part et d'autre, sont en présence ».

le passage à des fins civiles et celui des forces armées et de la police armée, le premier fondé sur une « pratique acceptée par les parties comme étant le droit et ayant donné naissance à un droit et à une obligation correspondante », le second étant resté soumis au régime de l'autorisation préalable dans des conditions qui, eu égard aux circonstances spéciales de l'espèce, apparaissaient « comme la négation même de l'exercice du passage à titre de droit » (5).

Il est vrai que sur les effets, en droit, de l'exigence de l'autorisation préalable, la discussion a rebondi. Selon le juge Armand-Ugon, « c'est seulement sur l'exercice du droit que s'arrêta, en pratique, la compétence réglementaire des autorités britanniques. Des modalités diverses régissent l'application de ce droit, mais sans méconnaître son existence... Ces réglementations, loin de méconnaître le droit de passage, en sont la confirmation éclatante et elles signalent, précisément, son champ l'application ».

Le juge Sir Percy Spender et le juge *ad hoc* portugais Fernandès ont exprimé des opinions analogues, en faisant ressortir, le premier, que l'obligation de demander une autorisation préalable n'est pas nécessairement incompatible avec le droit d'agir, les systèmes juridiques de nombreux pays démontrant que le droit d'accorder ou de refuser cette autorisation est interprété, non comme une discrétion absolue, mais comme une discrétion contrôlable, qui doit s'exercer de bonne foi ; le second, que s'il y a des autorisations « constitutives de droits, il y en a beaucoup plus qui ne le sont pas », et qu'affirmer, comme le fait l'arrêt, que la nécessité d'une autorisation est la négation d'un droit qui lui serait antérieur est une assertion démentie par la science juridique.

Posée en ces termes généraux, la question ne comporte pas de réponse absolue. Seul l'examen du dossier permettait de dégager la mesure de discrétion, c'est-à-dire de libre appréciation, que, dans l'exercice de son pouvoir de réglementation et de contrôle, le souverain territorial avait entendu conserver et avait effectivement appliquée relativement aux diverses catégories de passages. Les considérations émises par quelques juges sur le régime de l'autorisation préalable et sur ses effets en droit s'inspirent de notions empruntées au droit public ou au droit administratif internes, notions que l'on ne peut, sans grande circonspection, transporter dans les rapports entre Etats souverains et indépendants.

(5) Quant aux armes et munitions, le Traité de 1878 précisait que leur transit était subordonné à des licences spéciales.

Au surplus, on conçoit fort bien que la Cour n'ait pas envisagé le passage à des fins de police ou de défense de la même façon que celui des personnes privées, des fonctionnaires civils, des armes et munitions. Il est clair que le premier comporte des charges et des risques que n'implique pas le second. Tout en revendiquant le droit de passage pour toutes les catégories et en protestant que le droit réclamé formait un tout qui, en dépit de différences dans sa réglementation, restait dans son essence toujours égal à lui-même, le Portugal admettait dans ses conclusions finales que le passage des forces armées pourrait être momentanément suspendu pour le cas où un tel passage apparaîtrait comme effectivement de nature à compromettre gravement l'ordre public de l'Inde.

#### IV

##### LES PRÉTENDUS MANQUEMENTS DE L'INDE A SES OBLIGATIONS

Limité à l'examen de la situation juridique existante à la veille des événements de juillet-août 1954, l'arrêt s'est borné à rencontrer le grief fait à l'Inde par le Portugal d'avoir, à cette date, contrevenu à l'obligation que lui imposait le droit de passage, en refusant celui-ci aux ressortissants portugais d'origine européenne, soit fonctionnaires, soit personnes privées, ainsi qu'à des Portugais d'origine indienne au service du Gouvernement portugais et à une délégation que le Gouverneur de Damão se proposait d'envoyer à Nagar-Aveli et à Dadra.

La Cour a limité l'examen des obligations de l'Inde à son devoir spécial à l'égard du passage. Elle s'est refusée à retenir la contestation qui s'est élevée entre Parties au sujet des obligations procédant du droit international général, obligations selon lesquelles les autorités indiennes auraient dû prendre des mesures appropriées pour prévenir l'incursion d'éléments subversifs dans le territoire d'un autre Etat. Le Portugal faisait grief à ces autorités d'avoir, en connaissance de cause, toléré l'organisation sur leur territoire d'une action illicite dirigée contre les territoires portugais et d'avoir mis le Portugal dans l'impossibilité de se défendre contre elle. La Cour fonde sa décision sur les termes mêmes des conclusions portugaises :

« Il n'est demandé à la Cour de prononcer que sur la conformité de l'action de l'Inde aux obligations que lui impose le droit de passage

du Portugal. Il ne lui est pas demandé d'apprécier la conformité de la conduite de l'Inde à telle ou telle autre obligation que lui imposerait le droit international. Telle est la limite résultant des termes mêmes de la seconde demande énoncée par le Portugal. »

Il restait à savoir si, relativement au droit de passage pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général, l'Inde avait contrevenu à son obligation. A l'appui du refus de passage qu'il avait opposé, en juillet 1954, à l'envoi à travers le territoire indien de fonctionnaires portugais aux fins « d'examiner la situation et de prendre sur place les mesures administratives nécessaires », le Gouvernement de l'Inde invoquait l'existence d'un état de tension politique dans l'enclave de Dadra. La Cour a admis le bien-fondé de cette raison. Estimant que le refus de passage opposé dans ces cas par l'Inde relevait en l'espèce de son pouvoir de réglementation et de contrôle, elle a jugé, par neuf voix contre six, que l'Inde n'avait pas agi contrairement aux obligations que lui imposait le droit de passage du Portugal pour les personnes privées, les fonctionnaires civils et les marchandises en général. L'opinion contraire fut défendue par certains juges, notamment par M. Armand-Ugon et par Sir Percy Spender.

## V

### LA PRÉTENDUE CADUCITÉ DU DROIT DE PASSAGE : LES ASPECTS POLITIQUES DU LITIGE ET L'ACCOMPLISSEMENT DE LA FONCTION JUDICIAIRE

L'Union indienne qui, en ordre principal, soutenait l'inexistence du droit de passage, prétendait, en ordre subsidiaire, que « si même des obligations de passage avaient existé à charge de l'Inde dans le passé, elles devraient être considérées comme caduques en présence du changement survenu dans les circonstances essentielles, notamment à raison de la formation à Silvassa d'une administration locale indépendante ».

Cette thèse de la caducité, qui se prévalait d'une insurrection générale et spontanée contre le régime portugais dans les enclaves, modifiait les données du débat. Elle plaçait celui-ci dans une perspective nettement politique. Politique, par le poids qu'elle attachait au fait accompli, au renversement de l'administration portu-

gaise et à son remplacement dans les enclaves par une autorité dite indépendante. Politique aussi par le caractère essentiellement fluide de l'état de choses ainsi créé et que soulignaient les attitudes successives et ondoyantes du Gouvernement de l'Inde envers les insurgés. Celui-ci avait commencé par décrire leur position comme étant celle d'une administration de fait provisoire avec laquelle il n'avait noué aucun contact quelconque. Plus tard, lors du dépôt de ses exceptions préliminaires (avril 1957), il avait reconnu l'existence de contacts *de facto*, en décrivant ceux-ci comme limités au règlement de questions administratives journalières. Au dernier stade de la procédure écrite, sa duplique attribuait aux événements survenus dans les enclaves un caractère définitif ; elle décrivait la prétention du Portugal à la souveraineté comme dénuée désormais de toute signification, ce qui tendait à enlever, du même coup, au droit de passage, sa raison d'être et sa justification en droit.

Rien assurément n'est plus malaisé que de projeter sur le plan juridique les réalités mouvantes d'une sécession issue d'un mouvement insurrectionnel. La Cour s'est abstenue à bon droit d'émettre un jugement sur des événements qui, par leurs origines comme par leur évolution, étaient manifestement dominés par une campagne nationaliste de rattachement à l'Inde et relevaient de critères purement politiques, étrangers à l'exercice de sa fonction judiciaire. Elle a écarté les problèmes que posait l'argument de la caducité : si elle ne l'a pas repoussé, elle ne l'a pas davantage admis ; elle l'a laissé en dehors du cadre de sa décision.

Cette prudente abstention devait-elle la conduire à ramener le problème du droit de passage à la situation existante au mois de juillet 1954, à ne pas faire droit à la conclusion du Portugal qui lui demandait expressément de dire et juger que le droit de passage qui lui serait reconnu « devait être respecté par l'Inde » ? Il est permis d'en douter. La Cour a caractérisé la situation née des événements de juillet comme une « situation nouvelle », laquelle fait, depuis lors, échec à l'exercice par le Portugal de son autorité dans les enclaves sans d'ailleurs y avoir substitué celle de l'Inde ». Elle a ainsi reconnu que, réserve faite d'obstacles de fait provisoires affectant non l'existence, mais l'exercice de l'autorité portugaise, la situation restait dominée par la présence de deux souverainetés territoriales liées par un devoir de respect mutuel. S'interdisant de juger les événements qui, selon l'Inde, auraient mis

fin à la souveraineté portugaise, la Cour n'a certainement pu trouver dans ces événements un motif juridique de nature à mettre en question la survivance d'un droit de passage qui en était le corollaire et dont elle a par ailleurs reconnu le fondement.

Que si l'on sort un instant du cadre de l'arrêt pour s'engager sur la pente assez glissante de l'argumentation dont la thèse de la caducité a été l'objet, on est amené à relever deux points qui, l'un et l'autre, inclinent à la condamner.

A supposer réelle la reconnaissance dont l'administration locale aurait été l'objet de la part des autorités indiennes, cette reconnaissance ne pouvait engendrer que des rapports d'un caractère subjectif entre l'Inde et les insurgés. Ces rapports ne pouvaient donner naissance à une entité juridique objective, c'est-à-dire valable *erga omnes*, opposable à d'autres Etats, la seule qui, par son effectivité indiscutable, aurait pu remettre en question les droits souverains du gouvernement légal. Le conseil du Gouvernement portugais, le professeur Bourquin, a justement rappelé à ce propos la jurisprudence de la Cour dans son avis consultatif en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* (6).

Il y avait plus. A la supposer intervenue en bonne forme, la reconnaissance *de facto* alléguée par l'Inde se serait produite en cours d'instance et à la faveur des longs retards apportés au jugement de l'affaire au fond. Le Gouvernement indien ne pouvait, par cet acte unilatéral, modifier au détriment de la partie adverse, les données du litige telles qu'elles existaient au moment du dépôt de la requête introductive d'instance.

Mais, fondée en droit, une injonction intimant à l'Inde d'avoir à respecter le droit de passage n'allait-elle pas se heurter à l'obstacle de fait que constituait la présence dans les enclaves d'une administration de fait hostile à son exercice ? Cet exercice pourrait-il s'effectuer pacifiquement comme par le passé, et n'y avait-il pas à redouter que la restauration de l'autorité portugaise dans les enclaves ne pût se faire qu'au prix d'une intervention armée ? Le Gouvernement de l'Inde ne s'est pas fait faute de souligner la gravité des conséquences possibles d'une telle tentative. Ses conclusions attiraient sur elles l'attention de la Cour. Elles laissaient entrevoir que le rétablissement par les armes du pouvoir portugais se heurterait à une résistance désespérée de la part de la popula-

(6) Audience du 3 octobre 1959.

tion ; que les combats auxquels pareille résistance donnerait lieu ne pourraient manquer de s'étendre au territoire indien environnant dont la population se sentirait solidaire des résistants et qu'il en résulterait une menace certaine pour l'ordre intérieur et la paix extérieure de l'Union indienne.

On conçoit que la Cour ne soit pas restée indifférente à l'évocation de telles perspectives. Allant au devant de l'objection, le Gouvernement portugais se déclarait prêt à admettre qu'au cas où la Cour reconnaîtrait que le passage des forces armées par les quelques kilomètres de route qui conduisent de Damao aux enclaves serait de nature à compromettre gravement l'ordre public de l'Inde, ce passage pourrait être momentanément suspendu dans la mesure nécessaire au maintien de l'ordre public, cette suspension prenant fin dès qu'aurait disparu le danger qui la justifierait. On peut penser qu'il y avait là une solution acceptable. Elle évitait de tenir en suspens la question capitale de la survivance actuelle du droit de passage après les événements de juillet 1954. Elle paraissait de nature à faciliter aux deux Parties les aménagements susceptibles de concilier l'intérêt du Portugal à la restauration de son autorité avec les exigences de l'ordre public de l'Union indienne.

En se refusant à prendre en considération les événements postérieurs au mois de juillet 1954, la Cour s'interdisait d'entrer dans cette voie (7). On a vu plus haut la critique à laquelle son arrêt prête le flanc du point de vue de l'accomplissement de la fonction judiciaire : un droit revendiqué comme actuel et comme s'imposant au respect de l'Inde n'a fait l'objet que d'une constatation au passé. Le différend, tel qu'il avait été soumis à la Cour, n'a pas été pleinement vidé. Au-delà du raisonnement par lequel la Cour a motivé le choix de la date critique, on entrevoit la pesée des forces politiques, celles ici des aspirations à l'unité nationale, et pour tout dire les limites qu'elles viennent à imposer à l'action judiciaire dans le règlement de certains différends internationaux.

(7) Certains juges, tout en se prononçant pour l'existence d'un droit de passage en 1954, ont envisagé les conséquences des événements survenus depuis cette date. Le Juge Armand-Ugon a déclaré ne pouvoir écarter du débat le fait que, dès avant le dépôt de la requête (22 décembre 1955), la population des enclaves s'était donné un gouvernement de fait indépendant et que ce changement devait conduire à admettre, soit la suspension du droit de passage, soit son extinction. Le Juge Spiropoulos a été plus catégorique encore : « Le droit de passage supposant la continuation de l'administration des enclaves par les Portugais, l'établissement d'un nouveau pouvoir aux enclaves doit être considéré comme ayant mis fin *ipso facto* au droit de passage ».

L'arrêt du 12 avril 1960, déficient du point de vue judiciaire, renferme peut-être une vertu d'apaisement. On aimerait à croire que les deux gouvernements y trouveront une mise en garde contre des gestes imprudents, une invitation à entrer dans la voie des négociations et d'un règlement amiable.

Ch. DE VISSCHER,  
*Professeur à l'Université de Louvain,  
 Ancien Juge à la Cour internationale de Justice,  
 Président d'honneur de l'Institut de droit international.*

**L'AFFAIRE RELATIVE A L'INCIDENT AÉRIEN  
 DU 27 JUILLET 1955  
 ENTRE ISRAËL ET LA BULGARIE  
 DEVANT LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (1)**

SOMMAIRE

- SECTION I. — LES EXCEPTIONS PRÉLIMINAIRES.
- SECTION II. — L'ARRÊT D'INCOMPÉTENCE DU 26 MAI 1959.
- § 1. — *L'argumentation présentée à titre principal : la thèse des membres originaires.*
- § 2. — *L'argumentation subsidiaire : la caducité de la déclaration bulgare du fait de la dissolution de la Cour permanente de justice internationale.*
- SECTION III. — L'INTÉRÊT DOCTRINAL DE L'ARRÊT.
- § 1. — *Les principes généraux d'interprétation.*
- § 2. — *La juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice.*
- A) Les conditions du consentement.
- B) Les causes d'extinction des déclarations.

(1) L'arrêt de la Cour, en date du 26 mai 1959, a été publié dans cette *Revue*, 1959, pp. 730-745.