

já disse, eles não são nem incompatíveis, nem inconciliáveis. Se enclaves existem e prosperam hoje em muitas regiões do mundo, é porque, a despeito das dificuldades que têm podido surgir de tempos a tempos entre territórios encravados e territórios adjacentes, essas dificuldades têm sido sempre aplanadas com êxito pela boa fé e a boa vontade das duas partes. A ligação entre estas duas situações territoriais não deixam de se parecer com as dos oceanos e dos rios que neles desaguam. Acontece às vezes que a necessidade de exercer uma soberania sobre os enclaves seja mais premente do que o direito do Estado que rodeia o enclave a conservar intacta a sua soberania territorial, e outras vezes acontece o contrário; da mesma forma na rebentação primaveril das nascentes, as águas avolumadas do rio entram profundamente no oceano e, no tempo da monção, o oceano atira as suas vagas para o estuário, sem que por isso um ameace a existência do outro. As ondas coexistem e desempenha cada uma o seu lugar. Nenhum conflito intrínseco entre elas, da mesma forma que entre o direito de passagem do enclave dum Estado e a soberania territorial do Estado em que se encontra o enclave. Porque o direito internacional costumeiro não oferece menos recursos do que as leis da geografia física.

Por todas as razões que acabo de expor, entendo que o direito de passagem de Portugal entre os enclaves como estes e Damão litoral abrange as seis categorias sem excepção, na medida indispensável ao exercício da soberania portuguesa, sobre os enclaves e sob reserva do poder de fiscalização e de regulamentação da Índia.

a) WELLINGTON KOO

Voto de vencidos dos juizes WINIARSKI e BADAWI

Lastimamos muito não poder subscrever a decisão do Tribunal pela qual rejeita a sexta excepção da União indiana e como consequência se reconhece competente para conhecer do presente processo.

1. Pela sua Declaração de 19 Setembro 1929, ratificada em 5 Fevereiro 1930, a Índia tinha aceiteado a jurisdição obrigatória do Tribunal para os diferendos que se levantasse depois da data da ratificação relativamente às situações ou factos posteriores à referida ratificação.

A data de 5 Fevereiro 1930 — a que chamaremos a data crítica — foi mantida na Declaração indiana de 28 Fevereiro 1940. A dupla condição formulada nesta Declaração constitui uma importante limitação *ratione temporis* da obrigação assumida pela União Indiana.

As partes discutiram abundantemente o alcance da sexta excepção para o presente processo; fizeram-no nos seus escritos e nas suas alegações orais, tanto em 1957, durante a fase das excepções preliminares, como na fase actual do processo que respeita ao exame do fundo. O facto de o Tribunal ter, em 1957, decidido juntar esta excepção ao fundo demonstra a importância, ou mesmo a necessidade, de que estava

consciente, de não decidir da sorte desta excepção senão depois de ter adquirido suficiente conhecimento dos factos do litígio.

Da dupla limitação que acabamos de lembrar, a sentença afasta a primeira: o Tribunal pôde considerar como assente a tese segundo a qual o diferendo foi levantado depois de 5 Fevereiro 1930, data crítica da Declaração indiana; a discussão do fundo não trouxe provas em apoio da opinião contrária. Em compensação, a questão de saber se o diferendo foi levantado relativamente às situações ou factos posteriores a esta data deveria, em nossa opinião, receber resposta em harmonia com a tese indiana e conduzir assim, em consequência, à declaração de incompetência.

A conclusão final de Portugal a este respeito diz *inter alia*:

«Considerando que [...] são igualmente posteriores a 5 Fevereiro 1930, pois datam igualmente de 1954, as situações ou factos a respeito dos quais o diferendo se levantou;

Considerando que na realidade estas situações ou factos não são senão os criadores do diferendo e que, como tais, se devem considerar as situações ou factos imputados pelo Estado requerente ao Estado requerido como ilícitos, isto é, como violações das suas obrigações internacionais;

Considerando que as situações ou factos que Portugal imputa à União Indiana como ilícitos datam, como foi dito, de 1954;

Por estes motivos,

Queira o Tribunal rejeitar a excepção.»

2. No debate perante o Tribunal, as duas partes procuraram pre-alecer-se da decisão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional no processo dos *Fosfatos de Marrocos* para ali encontrar argumentos em abono das suas teses respectivas.

Essa decisão, com a que foi dada no processo da *Companhia de Electricidade de Sófia e da Bulgária*, constitui, com efeito, uma importante contribuição da jurisprudência do Tribunal Permanente para o estudo do problema das limitações *ratione temporis* das obrigações dos Estados que aceitam a jurisdição obrigatória do Tribunal. Nós somos obrigados a fazer-lhe algumas referências.

A referida decisão põe ela própria as partes em guarda contra as conclusões apressadas.

Dum lado, verifica «que o emprego destes dois termos [situações ou factos] corresponde à vontade do Estado signatário de abranger numa expressão tão compreensível quanto possível todos os elementos susceptíveis de fazerem surgir um diferendo». E a decisão continua: «Ele [o T. P. J. I.] observa, por outro lado, que, estando os dois termos «situações» e «factos» colocados na mesma linha, a limitação *ratione temporis* é-lhes comum e que do emprego dum ou doutro não poderia resultar uma extensão da jurisdição obrigatória». Por outro lado, a decisão indica: «A anterioridade ou a posterioridade dum situação ou dum facto em relação a uma certa data é uma questão casuística, tal como

o é o facto de saber quais são as situações ou factos a respeito dos quais se levantou o diferendo».

A tarefa de estabelecer relação visada pela Declaração entre o diferendo e as «situações ou factos» pertence ao Tribunal.

3. Os consultores de Portugal esforçaram-se por limitar tanto quanto possível o conteúdo destas noções: situações ou factos. Segundo eles, devem ser compreendidos como «os factos ou as situações» os «que a parte requerente imputa à parte requerida como ilícitos». «Um Estado comete certos actos, cria certas situações. Um outro Estado reprova estes actos ou estas situações como ilícitas. Declara-os violadores do seu direito...» E mais longe: «É preciso somente considerar a situação denunciada como ilícita pelo Estado requerente e examinar qual o facto ilícito que este Estado apresenta como origem desta situação».

Foi observado a este respeito que bastou ao Tribunal Permanente verificar que o acto que constituía objecto do litígio entre a França e a Itália não era senão uma aplicação dum *dahir* de 1920, data anterior à data crítica, para se declarar incompetente, sem ter de examinar se esse *dahir* é ou não contrário aos compromissos internacionais da França. Para bem compreender o pensamento do Tribunal, é preciso reter desta verificação que, para rejeitar os argumentos da Itália, o Tribunal não julgou necessário que as situações ou factos que estão na origem do diferendo sejam actos ilícitos. Um Estado não comete um acto ilícito e não compromete a sua responsabilidade internacional pelo único facto de promulgar uma lei que contém disposições incompatíveis com os seus compromissos internacionais. Se a aplicação dessa lei conduz a actos que são contrários aos compromissos internacionais do Estado, o juiz dirá simplesmente que este Estado não pode válidamente invocar a sua lei para justificar esses actos. O Tribunal Permanente de Justiça Internacional pronunciou-se por duas ou três vezes neste sentido.

Os *dahirs* de 1920 não eram em si mesmos actos ilícitos; e apesar disso a excepção francesa foi admitida, porque eles estavam na origem dos actos denunciados pela Itália como ilícitos e eram anteriores à data crítica.

4. A tese portuguesa parece atribuir ao Estado requerente o papel principal, se não decisivo, na determinação dos elementos causadores do diferendo. Com efeito, foi dito pelo Governo português que os factos e as situações que merecem verdadeiramente este nome são «os factos ou as situações que a parte requerente imputa à parte requerida como ilícitos».

Ora o Tribunal não poderia limitar-se a registar a pretensão do Estado requerente, tanto mais que este Estado, colocado perante a data crítica, pode ter interesse em limitar o problema no tempo, por exemplo, passando em silêncio certos acontecimentos, ou minimizando o seu alcance para o processo por ele intentado, numa palavra: isolando o diferendo da situação de que surgiu — como, de resto, o Estado requere-

rido pode ter tendência para fazer recuar os elementos criadores do diferendo para o passado onde eles não seriam cobertos pela Declaração.

O Tribunal conserva a sua inteira liberdade de apreciação das relações entre os factos e as situações do caso e o objecto do diferendo. Em certos casos, quando se trata de factos isolados e bem reconhecíveis, esta tarefa será relativamente fácil; noutros, em que a situação, isto é, um estado de coisas, um conjunto de relações *de facto* e *de jure*, é complexa e difícil de discernir, esta tarefa pode ser árdua; no entanto, trata-se da questão principal entre todas: a competência do Tribunal.

5. É-nos difícil admitir a tese do Governo português por uma outra razão: esta parece confundir os factos do diferendo com os factos e as situações de que esse diferendo procede, segundo uma das fórmulas do Tribunal Permanente. Ora os factos do diferendo podem ser recentes e concentrados num espaço de tempo relativamente curto, enquanto os factos ou situações que estão na origem do diferendo podem ser suficientemente antigos para escapar à jurisdição do Tribunal, tal como se encontra aceite na Declaração do Estado requerido. O Tribunal Permanente de Justiça Internacional, na decisão citada, diz: «Não se poderia reconhecer uma tal relação [posterioridade real] entre um diferendo e elementos posteriores [à data crítica] que supõem a existência ou que não comportam senão a confirmação ou o simples desenvolvimento de situações ou factos anteriores, quando estes constituem os verdadeiros elementos criadores do diferendo».

Pomos ainda em relevo uma das fórmulas do Tribunal Permanente de Justiça Internacional: «O diferendo não pode ser isolado da situação de que nasceu». O Tribunal Permanente faz assim supor que pode haver casos em que uma das partes procure isolar o diferendo da situação de que surgiu.

No processo presente ao Tribunal, o Estado requerente afirma que todos os factos e situações relativas ao diferendo se concentram em 1954 e não datam de mais longe no passado; são rigorosamente os que ele imputa ao seu adversário como ilícitos. No entanto, este responde que na realidade o caso é mais complicado; que os factos e as situações, elementos causadores do diferendo, existiam já antes de 1930, ao que o Estado requerente replica que antes de 1954 não tinham de que se queixar, que os diversos incidentes, divergências de opinião, conflitos sem grande importância, mesmo interdições formais, devem ser atribuídas simplesmente ao exercício pelo Estado territorial da fiscalização e da regulamentação cuja legitimidade Portugal admite sem dificuldade. Afirma que sempre possuiu e efectivamente exerceu o direito de passagem, direito geral, nos limites necessários ao exercício da sua soberania sobre os enclaves e que este direito foi respeitado pelo Estado territorial até 1954.

A decisão parece admitir que a situação que está na origem do diferendo é ao mesmo tempo anterior e posterior à data crítica, mas daí tira conclusões que nós não podemos subscrever. Parte da verificação

de que a limitação *ratione temporis* na Declaração indiana está redigida «duma forma positiva indicando os diferendos que estão compreendidos nesta aceitação». Com efeito, ela não procede dum forma negativa, excluindo os diferendos nascidos das situações ou factos anteriores à data crítica, mas não há dúvida de que a intenção da União Indiana era, aceitando a jurisdição obrigatória do Tribunal para as situações ou factos posteriores, como geradores do diferendo, excluir as situações ou factos anteriores.

A decisão já citada no processo dos *Fosfatos de Marrocos* diz ainda: «Para resolver estas questões, é todavia preciso ter sempre presente no espírito a vontade do Estado que, não tendo aceitado a jurisdição obrigatória senão dentro de certos limites, não entendeu dever submeter-lhe senão os únicos diferendos que nasceram realmente de situações ou factos posteriores à sua aceitação».

6. Portugal não vê no passado, a começar por 1779 e até aos acontecimentos de 1954, senão a fonte do seu direito de passagem. A fórmula é a que o Tribunal Permanente de Justiça Internacional tinha empregado na sua decisão no processo da *Companhia de Electricidade de Sófia e da Bulgária*. Ai, a excepção búlgara *ratione temporis* invocava a decisão do tribunal arbitral anterior à data crítica. Todavia o problema é diferente: a decisão do tribunal arbitral tinha sido reconhecida pelas duas partes em litígio, fazia lei na matéria; o facto era incontestável. O diferendo só dizia respeito a certas disposições tomadas pelas autoridades búlgaras depois da data crítica, que a Bélgica considerava não conformes à fórmula adoptada para a decisão arbitral. O Tribunal Permanente de Justiça Internacional concluiu pela ausência do elemento causador anterior à data crítica fixada pela Declaração búlgara.

No nosso caso, não existe uma lei comum reconhecida pelas duas partes. Portugal julga poder deduzi-la, entre outras, da prática, isto é, dum série de actos e factos, com mais de um século e meio de existência; a União Indiana apoia-se na mesma longa prática para afirmar que o pretensio direito de passagem a favor de Portugal não existe. Para o problema que nos ocupa, não se trata de saber quem tem razão ou quem não tem; trata-se de saber se não é a mesma situação que se agravou, que culminou em 1954 para conduzir rapidamente a um conflito e dar lugar ao processo presente ao Tribunal. Trata-se de saber se os actos denunciados por Portugal como ilícitos vão buscar a sua origem a uma situação anterior à data crítica.

É-nos difícil subscrever a interpretação da Declaração indiana, segundo a qual basta que a situação ou o facto que diz respeito ao diferendo seja posterior à data crítica para que a jurisdição do Tribunal seja aceite, e ainda menos a distinção entre situação e facto, que assina, arbitrariamente em nossa opinião, à noção de situação um significado puramente geográfico (o enclave), quando isso não é senão um elemento da situação e esta, conjunto das relações de facto e de direito, engloba o problema da passagem com todas as suas modalidades, tal como se

apresentava às partes durante o período britânico e pós-britânico. Além disso, não se podem, com o fim de interpretar a Declaração indiana, juntar os factos do diferendo, que são de 1954, à situação antiga, para os considerar como um conjunto que «só existiu depois de 5 Fevereiro 1930». Isto não corresponde à intenção claramente expressa na Declaração indiana. Se a situação que está na origem do diferendo é anterior à data crítica, o consentimento da União Indiana não foi obtido. Dizemos bem: situação que está na origem do diferendo; não se trata dum tratado mais ou menos antigo ou duma regra de direito estabelecida há mais ou menos tempo.

7. O que nos parece decisivo é a natureza da acção intentada pelo Governo português.

Nas conclusões finais de Portugal, o primeiro e principal pedido é assim formulado:

«Queira o Tribunal declarar e julgar que o direito de passagem entre os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli e entre estes e o distrito litoral de Damão, tal como está definido acima, existe em benefício de Portugal e deve ser respeitado pela Índia.»

O que o Governo português pede ao Tribunal é, portanto, que profira em primeiro lugar uma decisão declaratória. O Tribunal Permanente de Justiça Internacional tem proferido decisões dessas. Na sua decisão n. 11, em interpretação das decisões nn. 7 e 8, disse ele:

«A decisão n. 7 do Tribunal tem a natureza de um julgado declaratório que, segundo a sua ideia, se destina a fazer reconhecer uma situação de direito e com efeito obrigatório entre as partes, de sorte que a situação jurídica assim fixada não mais possa ser posta em discussão no que respeita às consequências jurídicas que dela decorrem.»

É exactamente o que pede ao Tribunal a primeira conclusão portuguesa. Não se trata pois de actos ilícitos; e se bem que este pedido seja seguido dos outros dois, complementares e eventuais, este constitui a própria essência do processo.

Pode perguntar-se se perante esta primeira conclusão os argumentos de Portugal relativamente à sexta mantêm qualquer valor. Com efeito, não se trata aqui simplesmente de aplicar uma regra incontestável de direito, para corrigir uma violação do direito duma parte por um acto ilícito da outra. O objecto da acção, tal como resulta da primeira conclusão portuguesa, é fazer reconhecer, verificar, pelo Tribunal a situação de direito entre partes; isto não é limitado aos acontecimentos de 1954 e não pode ser considerado como parte dum conjunto posterior à data crítica. Ao contrário, todos os elementos do diferendo contestados tanto por uma como pela outra parte se encontram no período pós-marata; as partes não entendiam as coisas e as suas posições respectivas da mesma

maneira; é nesta situação prolongada que se poderia encontrar a origem do diferendo actual.

Parece no entanto justificado ir mais além.

O Tribunal, como não reconheceu base convencional ao direito de passagem reclamado por Portugal, teve de se voltar para a prática, que teria podido ser aceite como criadora de direito entre partes.

Encontrou-se então em presença duma situação muito especial, na qual, mesmo num intervalo de tempo tão considerável, não era possível às partes chegar a acordo sobre os seus respectivos direitos e obrigações. Elas pedem ao Tribunal que as defina. Nestas condições é evidente que, não somente a situação que deu lugar ao presente diferendo, mas o próprio objecto do diferendo, tal como resulta do principal pedido português, se situa em período anterior à data crítica da Declaração indiana.

a) B. WINIARSKI

a) A. BADAWI

Voto de vencido do juiz ARMAND-UGON

Não tendo, a meu pesar, podido aderir inteiramente à decisão do Tribunal sobre o fundo, creio do meu dever expor os motivos da minha opinião dissidente.

O Governo de Portugal sustenta, na sua primeira conclusão final, que era titular dum direito de passagem entre Damão e os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli, em Julho 1954.

Este direito, sustenta Portugal, constitui um direito de trânsito cujo fim não é senão o de assegurar, de maneira constante, as comunicações entre os enclaves e entre estes e Damão. É um trânsito entre duas porções de território português. Trata-se dum direito de acesso a um território português encravado em território indiano e não dum direito de acesso a este território. Um tal direito deve-se regular na medida indispensável ao exercício da soberania portuguesa nos enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli. A soberania sobre território através do qual as comunicações se realizam pertence exclusivamente à Índia e Portugal não o contesta; o trânsito continua sujeito à soberania indiana e nenhuma imunidade é reclamada; pertence, pois, ao Governo indiano regulamentar e fiscalizar este direito de trânsito pelo seu território. Essa regulamentação e essa fiscalização deverão exercer-se de boa fé e sob sua responsabilidade, mas esta competência regulamentar não é discricionária e o Governo não poderia ser autorizado a impedir o trânsito necessário ao exercício da soberania portuguesa nos enclaves.

Esta primeira conclusão final do Governo de Portugal pede ao Tribunal que declare e julgue:

«Que o direito de passagem entre os enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli e entre estes e o distrito litoral de Damão, tal como acima é definido, existe em favor de Portugal e deve ser respeitado pela Índia».