

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».

Foi nesta base que se pediu ao Tribunal que se pronunciasse, e ela deve ser tomada no seu conjunto, sem que as partes nem o próprio Tribunal possam introduzir-lhe modificações. As palavras *finalment conclure* no texto francês do art. 48 do Estatuto do Tribunal indicam claramente que tais conclusões são definitivas e inalteráveis e se distinguem das conclusões visadas pelas arts. 42 e 43 do Regulamento, as quais podem ser modificadas, na sua qualidade de conclusões preliminares. É evidente que, «se [o Tribunal] pode interpretar as conclusões das partes, não poderia substituir-se a estas, para formular outras com base unicamente nas teses apresentadas e factos alegados» (processo relativo a *certos interesses alemães*, série A, decisão n. 7, pp. 34-35, 1927). Uma conclusão final não pode ser dividida em várias conclusões separadas com base nos elementos e nas modalidades do seu conteúdo. O Tribunal «tem o dever de responder aos pedidos das partes tais como se exprimem nas suas conclusões finais, mas também o de se abster de julgar sobre pontos não compreendidos nos referidos pedidos assim expressos» (*Recueil 1950*, p. 402). O Tribunal é chamado a pronunciar-se sobre as conclusões finais das partes, não a revê-las.

O que o Governo português pede é um direito que lhe é peculiar. O direito de passagem assim reclamado é um todo. É sempre o mesmo. É sobre a verificação desse direito que se pede uma decisão. O presente processo está inscrito na tabela geral sob o título: «Direito de passagem por território indiano».

O consultor de Portugal sustentou, especialmente: «O direito, na sua essência, fica sempre igual a si mesmo, na qualidade de direito de trânsito entre Damão e os enclaves, na medida necessária ao exercício da soberania sobre estes. O que varia é a sua regulamentação, pois ela apresenta aspectos diferentes no decurso dos tempos. Mas, no meio de todas estas transformações extrínsecas, que não atingem a substância do direito, este continua intacto». (Processo oral, vol. II, p. 67).

O Tribunal foi solicitado a proferir uma decisão declaratória sobre a existência do direito de passagem; um tal pedido está previsto na alínea b) do art. 36 do Estatuto do Tribunal.

Não é sobre a decomposição e o desmembramento do conteúdo e dos elementos desse direito que se deve julgar. As condições de exercício do direito de passagem são da competência do Governo indiano e nenhuma conclusão das partes as visa. Não se devem confundir as formas do exercício do direito de passagem com o direito em si. Uma decisão sobre o direito de passagem não se pode colocar no ponto de vista das modalidades e condições de aplicação sem se afastar do conteúdo preciso das conclusões finais das partes. O Governo português pede ao Tribunal que preceitue sobre «um direito de passagem» e o Governo indiano pede ao Tribunal que declare este «pedido não fundado»; os pedidos das partes são bem claros. Ao Tribunal não é pedido que preceitue sobre as modalidades de execução do direito de passagem, coisa que não lhe foi requerida.

Este direito, pretende o Governo português extrai-lo das cláusulas convencionais do Tratado de 1779 do mesmo modo que do costume geral e local e de certos princípios de direito internacional.

O facto de Portugal pedir um tal direito para o seu acesso aos enclaves obriga a procurar a base jurídica desta pretensão. O caminho para se dirigir aos enclaves desde Damão estende-se por território indiano e o direito reivindicado por Portugal limitaria nesta parte do território os direitos da Índia. A consagração judiciária dum direito desta natureza deve ter um fundamento sólido.

A passagem que nos ocupa foi praticada durante os períodos marata, britânico e indiano. Estes períodos constituem o período normal do seu exercício; um período anormal começa depois dos acontecimentos de Julho 1954 quando se operou o bloqueio dos enclaves pelo Governo indiano.

A parte requerente põe a origem do seu direito de passagem na época da cessão a Portugal das aldeias de Nagar-Aveli e de Dadrá pelo Governo marata. Tal cessão teria nascido do Tratado de 1779, dos acordos de 1783 e 1785 e dos *sanads* (decretos) posteriores. Tem aqui lugar um longo debate das partes sobre a existência daquele tratado e sobre o conteúdo do seu art. 17.

É inegável que tanto o Governo marata como o Governo português não tiveram, neste período, nenhuma dúvida sobre a celebração do referido tratado nem sobre a sua validade. Havia a esse respeito acordo entre os dois Governos. É, portanto, inútil continuar a discussão sobre um ponto assente por esses Governos. Devemo-nos fiar no seu bom senso. As suas manifestações devem ser suficientes para determinar que se celebrou um tratado em 1779, entre os Governos marata e português. Quando um governo declara oficialmente que um tratado foi concluído, o Tribunal pode sustentar que esta declaração é suficiente e não é obrigado a verificar a sua exactidão. Foi o que reconheceu o Governo marata.

O sentido do conteúdo do art. 17 desse Tratado é contestado pelas partes.

Para os requerentes, teria havido uma cessão em plena soberania de certos territórios, com base nos seus rendimentos. Para os requeridos, teria havido simplesmente um *jaguir* ou *saranjame*, isto é, uma cessão, temporária e revogável, dos rendimentos das aldeias de Nagar-Aveli e Dadrá.

Para sustentar esta tese, o Governo indiano apoia-se unicamente no texto do art. 17 duma tradução marata do texto português de 4 Maio 1779, o qual teria sido transcrito nos registos de Goa e assinado pelo vice-rei português. Nesta tradução do art. 17, diz-se que os maratas concederam um *jaguir*. Os outros três textos desse Tratado não fazem referência a esta palavra.

Na hipótese de que um *jaguir* ou *saranjame* tenha sido estipulado, resta sempre a questão de saber qual a modalidade desse título da posse

que teria sido acordada. Foi um *saranjame* revogável, temporário, sobre rendimentos ou um *saranjame* irrevogável ou definitivo a conceder as aldeias e o solo em que estas assentam? Nem os esclarecimentos das partes nem os documentos contraditórios do processo nos trazem sobre este ponto uma conclusão segura e certa. O uso da palavra *jaguir*, tal como é empregado no art. 17 da tradução marata do texto português, não permite inferir sem contestação a natureza jurídica do título contemplado. Esta palavra não tinha um significado único e juridicamente preciso.

Devemos raciocinar como se as situações da plena soberania ou do *saranjame* fossem válidas uma e outra. Tanto numa hipótese como noutra, é evidente que, fosse para exercer a soberania sobre os enclaves, fosse para administrar e cobrar os impostos das aldeias, era indispensável que as autoridades portuguesas tivessem a faculdade de passar por território marata. Os Maratas, cedendo a soberania ou um *saranjame*, eram obrigados a permitir o exercício de direitos concedidos ao Governo português sobre estes territórios. Seria inadmissível conceder soberania sobre certos territórios, ou um *saranjame* de certas aldeias, e criar entraves que impedissem o cumprimento das obrigações acordadas. Não podemos comprometer-nos e recusar os meios para que o compromisso seja cumprido. Havia, pois, a impender sobre os Maratas uma obrigação derivada dos acordos que eles tinham assinado, e esta obrigação comportava a autorização de passagem através do seu território, em benefício dos Portugueses.

Pode-se afirmar, sem risco de engano, que, durante o período marata — 35 anos —, o Governo de Puna e as suas autoridades principais nunca ignoraram esta obrigação de permitir aos Portugueses dirigirem-se aos enclaves.

Um dos motivos da concessão (além das razões de amizade) era o de facilitar o abastecimento de Damão e este não se pode conceber sem a aceitação e a admissão da passagem para as aldeias. O interesse do direito de passagem teve também uma base económica. Numerosos *sanads* que se referem a esta concessão mencionam «aldeias adjacentes a Damão» (anexo C n.ºs 8, 9, 10, 14, 15 e 16). Vê-se bem aqui a ideia de contiguidade, que de facto não se pôde realizar, e somente então foram visadas aldeias não contíguas a Damão. Na falta de contiguidade, a passagem ia supri-la.

Suprimir esta passagem, é atingir, quer a soberania territorial, quer o *saranjame*. Uma tal situação não é a prevista pelo art. 17 e seus acordos complementares. Na origem desta situação existe um tratado e o Governo marata, que consentiu na sua celebração, deve sofrer todas as consequências desse acto, suportando as limitações que ele comporta no seu território.

O trânsito ou o facto do trânsito, no período marata, é um direito definido adquirido pelo Estado português. É um direito implícito, o qual se deduz do Tratado de 1779 e dos acordos complementares em benefício do Estado português, mesmo que não tenha sido literalmente

expresso. As obrigações assumidas pelo Governo marata devem harmonizar-se com os direitos que reconheceu convencionalmente. Portugal adquiriu, portanto, os poderes necessários para o exercício efectivo dos poderes e direitos concedidos expressamente. Estes poderes implicam o reconhecimento dum direito de passagem.

Parece-nos que este direito se impõe mais fortemente na hipótese dum *saranjame*. Como é que o titular deste direito poderia dele beneficiar se lhe tolhem o passo para poder cobrar os impostos concedidos e para administrar as aldeias? Tais comunicações desprendem-se da própria essência de concessão: sem essas comunicações tal concessão seria inconcebível.

O princípio dos poderes implícitos foi admitido pelo Tribunal Permanente no processo do *Território de Mémel* (série A/B, 1932, pp. 313-314), o qual se funda na soberania da Lituânia para dela deduzir em proveito desta poderes não expressos no estatuto de Mémel. O Tribunal Permanente de Justiça na decisão sobre *Reparação dos danos sofridos ao serviço das Nações Unidas* admitiu também que esta organização goza de poderes implícitos (*Recueil 1949*, pp. 174, 178, 179 e 180).

O direito de passagem é essencial para assegurar tanto os direitos de soberania territorial como os direitos do *saranjame* de que Portugal teria beneficiado. Uma simples tolerância de trânsito, ou um favor temporário e revogável, não daria de nenhuma forma satisfação aos direitos concedidos pelo mencionado Tratado e seus acordos; eles ficariam à mercê do Governo marata. Ora não foram estes os direitos concedidos a Portugal por esse Governo. Se o trânsito fosse admitido por simples tolerância, Portugal não poderia realizar os seus direitos de maneira apropriada. Não se pode conceber que o Governo marata tivesse decidido conceder a Portugal certos direitos e ficar com o poder de se opor, por meio de providências especiais, à realização do fim para o qual esses direitos foram outorgados.

Uma tal situação foi respeitada e aceite pelos Britânicos em 1818, quando o império marata e os seus territórios passaram para o seu domínio.

É fora de dúvida que nessa época as autoridades britânicas examinaram cuidadosamente a situação de Portugal nos enclaves de Dadrá e de Nagar-Aveli, situados no território que elas tinham recentemente adquirido. As autoridades britânicas tinham em seu poder os arquivos maratas para se informarem. Aí fizeram um inquérito em 1818 a propósito dum pedido das autoridades portuguesas de isenção de direitos de alfândega sem que a soberania portuguesa tenha sido discutida (anexo C, n. 35, documento 4). Os Britânicos não tiveram, durante o período de 1818 a 1947, nenhuma dúvida acerca da soberania de Portugal sobre estes enclaves.

Por isso, durante o período britânico nenhuma dificuldade ou obstáculo foi levantado sobre a existência desta obrigação de passagem.

Esse Governo — sucessor do território marata — reconheceu-a.

O Tribunal Permanente aceitou, no processo das *Zonas Livres*, implicitamente, o princípio da sucessão das obrigações localizadas de interesse geral. A França devia respeitar o regime estabelecido pelos tratados de 1815-1816 «como sucessora da Sardenha na soberania sobre o referido território» (série A/B, n. 46, p. 145).

Foi somente sobre o exercício daquele direito que se fixou, na prática, a competência regulamentar das autoridades britânicas. Modalidades diversas regeram a aplicação deste direito mas sem ignorar a sua existência. Este poder regulamentar encontrava o seu fundamento na soberania britânica sobre o curto trajecto que separava os enclaves de Damão. Esse poder não comportava em princípio o de proibir duma forma absoluta as modalidades necessárias ao exercício da economia sobre os enclaves. Os Britânicos autorizaram sempre um uso adaptado às necessidades desta passagem. É de notar que, algumas vezes, esta regulamentação se fez por acordo com as autoridades portuguesas, principalmente em matéria de trânsito de forças de polícia (Tratado de 1878 e Acordos de 1913, 1920 e 1940). Por este último acordo, as forças de polícia armada, não ultrapassando o número de dez agentes, podiam passar avisando de cada vez, pelo correio, as autoridades britânicas nas vinte e quatro horas seguintes à da sua passagem. Se fosse necessário um número de agentes superior a dez, a prática da autorização prévia devia ser seguida (anexo indiano C, n. 57).

Os regulamentos publicados pelo Governo britânico tiveram por fim delimitar a passagem, para lhe regular os pormenores de aplicação. São geralmente regulamentos de polícia que publicam restrições e, em casos excepcionais, interdições à liberdade de trânsito. Durante toda a duração do período britânico houve duas interdições, para o sal e para o álcool. Tais limitações são correntes e numerosas quando se trata de regulamentar direitos, sem que seja permitido deduzir duma tal actividade governamental que esses direitos não existem. É a mesma coisa quando esta função regulamentar se exerce sobre as modalidades do direito de passagem, com vista a assegurar, quer a ordem pública, quer uma melhor administração financeira. Estes regulamentos, longe de desconhecerem o direito de passagem, são dele a confirmação manifesta e definem, precisamente, o seu campo de aplicação.

As autoridades britânicas, num dado momento, admitiram mesmo a ideia do estabelecimento dum corredor a ligar os dois territórios portugueses. Este projecto não foi finalmente adoptado. A proposta vinha fortalecer o pensamento, muitas vezes abordado na correspondência entre autoridades britânicas e portuguesas, do caso especial dos enclaves e da necessidade de lhes assegurar e facilitar as comunicações. Esta cessão de território, diz um funcionário britânico, «daria livre acesso à pargana portuguesa de Nagar-Aveli» (anexo F n. 58).

A contribuição de Portugal para as despesas para a reparação dum troço de estrada para os enclaves, na parte britânica, em 1900 e 1926, parece confirmar a necessidade deste direito de acesso aos enclaves.

As autoridades portuguesas não tinham necessidade de reclamar

constantemente um direito que lhes era reconhecido. O governador português na nota de 27 Maio 1892 (anexo C, n. 41) sustenta que «o trânsito (entre Damão e Nagar-Aveli) era livre quando o Tratado de 1878 estava em vigor e que o era da mesma forma antes do tratado». E acrescenta: era «a prática seguida e observada precedentemente, antes da entrada em vigor do Tratado de 26 Dezembro 1878». Este tratado, que continuou em vigor de 1879 até 1892, estabelecia um regime geral para os territórios dos dois contratantes na Índia; vinha ratificar um direito de passagem já estabelecido para as comunicações com os enclaves. Quando o Tratado de 1878 acabou, o direito de passagem subsistiu.

Não é contestado que, durante todo o período britânico, a passagem para os enclaves foi praticada na base das regulamentações estabelecidas. Esta situação durou 130 anos, sem interrupção, de forma contínua e pacífica. O caminho para os enclaves desde Damão e vice-versa continuou aberto durante este longo período; sobre este facto nenhuma dúvida se levantou entre os dois Governos.

Durante este longo período manifestou-se uma vontade, quer implicitamente, quer expressamente, por acordos e regulamentações. Estes factos revelam uma consciência comum que traduzia a convicção dos dois Governos sobre o direito de passagem para os enclaves. É preciso ver nestes factos a prova do reconhecimento das autoridades britânicas para este direito. O que «é» torna-se no que «deve ser».

A noção de efectividade tem uma grande importância no direito internacional. No presente caso, a efectividade do facto da passagem deve-se examinar na sua duração e na sua aceitação pelos dois Governos a que respeita. Esta efectividade do exercício da passagem para os enclaves, praticado com regularidade, contribui para a elaboração dum direito.

Esta noção de efectividade foi considerada como factor concludente para a decisão de certas situações que criam as relações entre Estados. O nosso Tribunal fê-lo valer no processo *Nottebohm* (*Recueil 1955*, pp. 56 e ss., 62 e 299) e anteriormente, no processo dos *Minquiers e Écréhous* (*Recueil 1953*, pp. 60-66, 67-70).

A doutrina mantém-se fiel a esta ideia.

Um facto repetido continuamente, durante longo tempo, longe de enfraquecer esse uso, mais o fortalece; nasce uma relação entre este facto e a vontade dos Estados que a autorizaram. A repetição destes factos reiterados, que revestem uma grande antiguidade, dá lugar por parte do Estado que a executa e da parte do Estado que os suporta à convicção do respeito devido a esta prática de longo uso (art. 38, b), do Estatuto do Tribunal).

Um direito de passagem é susceptível de ser adquirido com base numa prática efectiva, exactamente como a soberania territorial. Um facto observado durante longos anos, como no caso presente, obtém uma força obrigatória e reveste o carácter duma regra de direito.

O caminho dos enclaves foi frequentado sem oposição durante 170 anos consecutivos pelos Portugueses. A efectividade de acesso aos encla-

ves criou um *statu quo* jurídico, que um Estado não pode unilateralmente derrogar. Este *statu quo* jurídico é obra dos Estados através de longos anos e tem a força dum acordo. Uma mudança nesta situação modificaria uma prática e um uso tradicionalmente admitidos, aceites e suportados. Nesta matéria foi reconhecida e estabelecida pelos dois Estados uma certa ordem, cujo fim era assegurar certas relações entre eles, tendo em vista o cumprimento das suas funções de governo. Uma violação desta ordem, sem justificação jurídica válida, cria uma situação contrária ao direito.

O Tribunal Permanente de Arbitragem, num dos fundamentos da decisão proferida em 23 Outubro 1909 no processo dos *Grisbadarna*, disse nomeadamente: «que, no direito das gentes, é princípio assente que é preciso abster-se tanto quanto possível de modificar o estado de coisas existente de facto e já há muito tempo» (*Revue Générale de Droit International Public*, 1910, p. 186).

A passagem não é um simples facto, mas um facto jurídico, que se liga a uma ordem jurídica, estabelecida aliás, concretamente, pelos regulamentos emanados do Estado por cujo território se exerce a passagem. Criaram-se direitos e obrigações entre os Estados interessados. Para o Estado que concede a passagem nasce uma obrigação jurídica a favor do Estado beneficiário; este tem, pois, o poder de reclamar uma certa protecção jurídica quando a julgue posta de parte.

Desde o primeiro dia da independência da Índia, de 1947 até ao ano de 1953, o *jus communicationis* relativo aos enclaves pôde realizar-se e efectuar-se sem obstáculo. Com efeito, a Índia reconhecia a soberania territorial de Portugal nos enclaves. O pedido de transferência dos territórios portugueses feita pelo Governo indiano em 1950 e 1953 lá está para o provar. Logo no princípio desse período houve mesmo uma regulamentação para o facilitar; os direitos de alfândega foram abolidos bem como a interdição do sal.

A contribuição de Goa nos trabalhos dos aquedutos de Lavaxa, para evitar a interrupção das comunicações entre Damão e Silvassá, vem fortalecer o espírito de entendimento dos dois Governos sobre a necessidade das comunicações.

No próprio momento da crise das relações entre os dois Governos, durante os anos de 1953 e 1954, não se fez valer, em nenhuma circunstância, que o direito de passagem era inexistente. Em 6 Agosto 1954, quando o Governo português reclamou expressamente este direito, o Governo indiano não fez nenhuma reserva. Nenhuma das providências contra a passagem se fundava em argumentos jurídicos. Não afirmou que Portugal não tinha qualquer direito de passagem. Esta tese só apareceu no presente processo.

O Governo indiano reconhece que só a partir de 1953 foram aplicados «direitos estritos» em matéria de trânsito entre Damão e os enclaves. E acrescenta: «esses direitos foram abundantemente reconhecidos durante todo o período britânico» (tréplica, n. 417). Mas estes «direitos

estritos» admitiam apesar de tudo o direito de passagem, se bem que singularmente restringido.

Não se podem conceber pequenos enclaves, como os de Dadrá e de Nagar-Aveli, duma superfície de menos de 500 km², sem uma comunicação, num percurso de 13,200 km. metros através do território enclavante.

Todos os enclaves existentes de que a história faz menção gozaram sempre, de forma expressa ou tácita, dum direito de passagem. Um enclave sem esse direito é duma espécie desconhecida. Um enclave supõe necessariamente o direito de acesso para o exercício das funções de governo nesse território.

Se o princípio da liberdade de trânsito internacional já quase não se vê contrariado pela interdição de passagem imposta em nome da soberania territorial, *a fortiori* não poderia alegar-se esta para revogar o trânsito para um enclave, longamente praticado. O direito de passagem decorrente do Tratado de 1779 e duma prática mais que secular encontra o seu fundamento no costume local; não é, pois, necessário procurar se tem o seu apoio noutras fontes, como o costume geral ou os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Consequentemente, a primeira conclusão final do Governo português deve ter uma resposta afirmativa.

O direito de passagem assim reconhecido, sem desfalecimento, começou a suportar, sobretudo desde o 2.º semestre de 1953, alguns entraves ao seu exercício; é o momento em que as relações diplomáticas entre a Índia e Portugal sofrem uma crise nascida da recusa do Governo português a aceder à transferência dos seus territórios indianos. As exigências formais para o exercício da passagem aumentaram então singularmente. É suficiente verificá-lo, sem que se torne indispensável indicá-los em pormenor.

Depois do encerramento da legação indiana em Lisboa, em 11 Junho 1953, impuseram passaporte e visto ao governador de Damão e aos funcionários portugueses europeus (memorial, anexos 35 e 36). Esta mudança de *statu quo ante* foi denunciada pelas autoridades portuguesas (memorial, anexos 37, 38, 39 e 40).

Em 17 Julho 1954, o cônsul-geral da Índia em Goa comunica uma série de mudanças «nas concessões outorgadas até ao presente à administração portuguesa de Damão e de Nagar-Aveli»; uma destas restrições referia-se à proibição do trânsito das armas de fogo, de munições e do material militar. Esta mesma interdição de atravessar o território aplica-se aos agentes armados da polícia ou do exército português. Era derrogar o regime estabelecido de autorização prévia nesta matéria em cada caso. O Governo indiano impõe assim sobre esta modalidade de passagem uma competência discricionária, que não existia anteriormente. Esta inovação do Governo indiano não reconhecia o direito de passagem. Não havia uma interdição geral nesta matéria, a qual teria trazido grave prejuízo ao direito de passagem. Este direito era admitido, mas

submetido a uma autorização que não era abandonada ao poder discrecionário ilimitado do Governo indiano. Uma exigência de autorização para o exercício dum direito não significa que esse direito não exista, bem ao contrário, implica muitas vezes a sua existência. A autorização não cria o direito, permite, simplesmente, a possibilidade do seu exercício. A passagem de forças armadas tinha de ser autorizada, antes de iniciada qualquer marcha, para se examinarem as condições em que uma tal actividade se iria exercer. A Índia devia resolver acerca de cada pedido de autorização de boa fé e conformemente ao fim da passagem, sem se deixar influenciar por considerações contrárias à finalidade da passagem.

A formalidade da autorização prévia é perfeitamente compatível com a existência dum direito de passagem.

A Carta das Nações Unidas contempla um direito de passagem das forças armadas da Organização pelos territórios dos Estados Membros, em conformidade com os acordos especiais que tenham sido concluídos com o Conselho de Segurança (art. 43, §§ 1.º e 2.º). Estes acordos poderão prever a necessidade duma autorização por parte do Estado através de cujo território a passagem se vai fazer ou de uma notificação a esse Estado, sem que uma tal formalidade signifique não-reconhecimento daquele direito.

Tal era expressamente a situação prevista pelo Tratado de 1878, no seu artigo XVIII, alínea 3, que reconhecia o trânsito das forças armadas dos Estados contratantes, pelos seus territórios, sob reserva duma autorização. Os dois Estados tinham direito à autorização. No caso de concessão da autorização, nada se opunha à passagem; no caso de recusa da autorização verificavam-se os obstáculos que levantava, nesse momento, o exercício da passagem. Nestas duas situações o trânsito continuava a ser um direito.

Anàlogamente, a passagem de vasos de guerra nas águas territoriais que fazem parte dos caminhos internacionais é considerada um direito, derivado duma regra costumeira de direito internacional, e nada se opõe a que o Estado ribeirinho, na sua regulamentação deste direito, possa inscrever nos textos a notificação ou autorização prévia. O direito de passagem subsiste mesmo assim.

Na noite de 21-22 Julho 1954, pessoas vindas de território indiano penetraram no enclave de Dadrá; as autoridades portuguesas foram destituídas das suas funções. O Governo português, em duas notas, de 24 e 26 Julho, pediu ao Governo indiano que permitisse a passagem das forças necessárias para restabelecer a ordem alterada; em 28 Julho, este Governo rejeitou categóricamente o pedido de trânsito de tropas e de forças de policia (memorial, anexo 52).

Em 29 Julho, deu-se outra penetração, no enclave de Nagar-Aveli; as autoridades locais foram igualmente suprimidas e elementos rebeldes ocuparam esse enclave, que mantém em seu poder.

Os pedidos de envio de delegados do governador de Damão e de terceiras pessoas, de inquérito e de observação imparcial propostas pelo

Governo português ao Governo indiano não conseguiram obter satisfação. Desde então os dois enclaves ficaram sem contacto com Damão. O exercício do direito de passagem ficou definitivamente suspenso nos dois enclaves.

As suspensões impostas à passagem pelo Governo indiano são, portanto, anteriores aos acontecimentos de Julho 1954 ou imediatamente posteriores a estes. O Governo indiano não se conformou, pois, com as obrigações que lhe impunha o direito de passagem de Portugal.

A terceira das conclusões finais portuguesas é assim redigida:

«a) declarar sem fundamento as teses da Índia atrás referidas sob as letras A, B e C;

b) no que diz respeito à tese da Índia acima referida sob a letra D;

1. Se o Tribunal é de parecer que as condições já mencionadas requeridas para suspender a passagem de forças armadas portuguesas não se encontram realizadas,

declarar e julgar

que a Índia deve pôr fim às disposições pelas quais se opõe ao exercício do direito de passagem de Portugal;

2. Se o Tribunal é de parecer que as condições já mencionadas requeridas para suspender a passagem de forças armadas portuguesas se encontram realizadas,

declarar e julgar

que a referida passagem será momentaneamente suspensa, mas que esta suspensão deverá ter fim logo que a evolução da situação tenha feito desaparecer a sua justificação;

que, durante esta suspensão, a Índia deverá abster-se de qualquer providência que possa fortalecer a posição dos adversários do Governo legal nos enclaves e provocar assim o agravamento ou a prolongação das circunstâncias invocadas em apoio da referida suspensão;

que não existe, para a Índia, nenhuma razão legítima de pedir que as outras modalidades do exercício do direito de passagem sejam igualmente suspensas.»

Não entra na missão do Tribunal pronunciar-se na parte dispositiva da decisão sobre as teses assinaladas nas alíneas a) e b), que sòmente poderão ser examinadas, se for necessário, nos fundamentos do julgado.

Deduz-se claramente que esta conclusão final do Governo português compreende dois pedidos, n. 1 e n. 2. Ambos são condicionados pela actual situação dos enclaves e dizem respeito à passagem de forças armadas portuguesas.

Uma primeira observação se impõe sobre a situação presente nos enclaves.

É um facto que não pode afastar-se do debate que o povo dos enclaves, desde o mês de Dezembro 1954, e talvez antes, se constituiu em governo livre no território dos enclaves. Uma tal situação de facto existia

no momento em que o Tribunal foi encarregado de examinar o pedido, em 22 Dezembro 1955.

O direito de passagem considerado como um todo nasceu e exerceu-se em épocas normais em que os enclaves estavam sem contestação sob a soberania portuguesa. Foi assim desde 1783 até ao mês de Julho 1954. Esta longa prática nunca foi perturbada por factos que pusessem em dúvida a autoridade portuguesa. O direito de passagem, nas suas diferentes modalidades, foi exercido em circunstâncias pacíficas.

Tal direito não foi concedido durante a longa prática assinalada anteriormente para uma situação como a que se criou nos enclaves. A existência dum governo de facto nestes é uma eventualidade não prevista e nova na prática habitual do direito de passagem.

Estas mudanças sobrevindas nos enclaves afectam as causas que deram origem ao direito de passagem e têm naturalmente o seu efeito, quer sobre o direito de passagem em si mesmo, quer sobre as suas modalidades de exercício. Tais factos novos levam a sustentar quer a suspensão do direito reconhecido, quer a extinção deste. Tanto num caso como no outro, temos de concluir que a passagem reclamada deve ser considerada impraticável.

a) ARMAND-UGON

Voto de vencido do juiz MORENO QUINTANA

Exprimo o meu grande pesar por não poder juntar neste processo a minha opinião à da maioria dos meus colegas do Tribunal que, sobre o fundo, admitiram, até mesmo numa maneira limitada e imperfeita, a existência dum direito de passagem pelo território indiano a favor de Portugal. Decorre da opinião da maioria uma premissa jurídica que eu não posso aceitar. Tal é a da continuidade teórica numa situação de facto, a qual foi interrompida — em minha opinião — pelos acontecimentos de 1954 nos enclaves. Porque esta implica, por definição, o reconhecimento da prescrição como modo de aquisição da soberania territorial, instituição de direito privado que eu considero estranha à técnica do direito internacional. Além disso, a decisão da maioria coloca-se unicamente numa data que não lhe permite resolver o problema que lhe é posto no seu todo.

A minha opinião dissidente baseia-se nas considerações de facto e de direito que anoto em seguida.

Por pedido de 22 Dezembro 1955, o Governo de Portugal instaurou um processo contra o da Índia, no qual pede ao Tribunal o reconhecimento dum direito de passagem para o trânsito de pessoas e bens, compreendendo forças armadas «entre o seu território de Damão (Damão litoral) e os seus territórios encravados de Dadrá e de Nagar-Aveli e entre estes», com vista a assegurar sem restrições ou dificuldades o exercício efectivo da soberania portuguesa nos referidos territórios». Pede-lhe também que declare que a Índia viola os seus compromissos