

The PRESIDENT: The sitting is open.

The Court meets today, pursuant to Articles 43 *et seq.* of its Statute, to hear oral statements of the Parties on the question of the Court's jurisdiction to entertain the case concerning the *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*. However, for reasons that he has conveyed to me, Judge Francisco Rezek is unable to be present in The Hague this week.

Before recalling the principal phases of the present proceedings, it is necessary to complete the composition of the Court. With effect from 6 February 2000, Judge Al-Khasawneh became a Member of the Court, after having been elected by the General Assembly and the Security Council of the United Nations. At the same time, three of our colleagues, Judge Raymond Ranjeva, Judge Rosalyn Higgins and Judge Gonzalo Parra-Aranguren were re-elected, together with myself, for a further term of office. In addition, following the resignation of Judge Stephen M. Schwebel with effect from 29 February 2000, the General Assembly and the Security-Council elected Judge Buergenthal to serve the remainder of Judge Schwebel's term of office, which will expire on 5 February 2006. We congratulate our new colleagues, as well as those who have been re-elected, and are very happy to have the benefit of their participation in the work of the Court.

Further, each of the Parties in the present case, the Islamic Republic of Pakistan and the Republic of India, has availed itself of the possibility conferred on it by Article 31 of the Statute of the Court to choose a judge *ad hoc*. Pakistan has chosen Mr. Syed Sharif Uddin Pirzada and India Mr. B. P. Jeevan Reddy to sit in the case. It is a matter of satisfaction for the Court that the Parties' choice has fallen on such eminent individuals.

Article 20 of the Statute of the Court provides that "every Member of the Court shall, before taking up his duties, make a solemn declaration in open court that he will exercise his powers impartially and conscientiously". As specified in Article 4, paragraph 3, of the Rules of Court, that provision does not apply to Members of the Court whose term of office continues, following their re-election. By Article 31, paragraph 6, of the Statute, it does, however, apply to judges *ad hoc*. I shall therefore now say a few words about the career of each of the four judges who will be making the required declaration. I shall then invite them, in order of precedence, to make their declaration.

Mr. Awn Shawkat Al-Khasawneh, of Jordanian nationality, studied history and law at Cambridge University (Queens' College). He began his distinguished career in the Jordanian diplomatic service in New York and, from 1980 to 1985, was Head of the Legal Department of the Ministry of Foreign Affairs. He was then seconded to the Royal Hashemite Court of which he was Chief from 1996 to 1998. He has represented Jordan at numerous international conferences and in the Sixth Committee of the United Nations. He was a member, and later Chairman, of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. At the time of his election to the Court, he had been a member of the United Nations International Law Commission for 13 years.

Professor Thomas Buergenthal, of American nationality, studied law at the New York University School of Law and at Harvard Law School. He has had a distinguished career in the field of international law and human rights, both as a professor and as an expert or representative of his country, in particular in the context of UNESCO. He was also a member of the United Nations Human Rights Committee from 1995 to 1999. Lastly, his judicial experience has also been outstanding, as he was a member of the Inter-American Court of Human Rights from 1979 to 1991, serving as Vice-President and later as President.

Mr. Syed Sharif Uddin Pirzada has been chosen to sit as judge *ad hoc* by Pakistan. Of Pakistani nationality, Mr. Pirzada has held various high offices of ministerial rank in his country, in particular those of Attorney General and Minister for Foreign Affairs. He has also been a member of the United Nations International Law Commission. Finally, he is no stranger to our Court, where he has appeared on several occasions in the past as

counsel.

Mr. B. P. Jeevan Reddy, of Indian nationality, has been chosen to sit as judge *ad hoc* by India. Following a long judicial career, he presided over the High Court of Allahabad and was then appointed a judge of the Supreme Court of India. He later became Chairman of the Law Commission of India and in that capacity has proposed several major legislative reforms to his Government.

I shall now invite each of these judges to make the solemn declaration prescribed by the Statute, and I request all those present to rise. Judge Al-Khasawneh.

Judge AL-KHASAWNEH: "I solemnly declare that I will perform my duties and exercise my powers as judge honourably, faithfully, impartially and conscientiously."

The PRESIDENT: Judge Buergenthal.

Judge BUERGENTHAL: "I solemnly declare that I will perform my duties and exercise my powers as judge honourably, faithfully, impartially and conscientiously."

The PRESIDENT: Mr. Pirzada.

Mr. PIRZADA: "I solemnly declare that I will perform my duties and exercise my powers as judge honourably, faithfully, impartially and conscientiously."

The PRESIDENT: Mr. Reddy.

Mr. REDDY: "I solemnly declare that I will perform my duties and exercise my powers as judge honourably, faithfully, impartially and conscientiously."

The PRESIDENT: Please be seated. I take note of the solemn declarations made by Judges Al-Khasawneh and Buergenthal and I declare them duly installed as Members of the Court.

I also take note of the solemn declarations made by Mr. Pirzada and Mr. Reddy, and declare them duly installed as judges *ad hoc* in the case concerning the *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan v. India)*.

\*

\* \*

On 21 September 1999, the Islamic Republic of Pakistan filed an Application in the Registry of the Court instituting proceedings against the Republic of India concerning a dispute relating to the destruction, on 10 August 1999, of a Pakistani aircraft.

As a basis for the Court's jurisdiction, Pakistan invoked in its Application Article 36, paragraphs 1 and 2, of the Statute of the Court and the declarations whereby both States have accepted the compulsory jurisdiction of the Court.

In accordance with Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Registrar immediately communicated the Application to the Indian Government.

In a letter dated 2 November 1999, India informed the Court that it had "preliminary objections to the assumption of jurisdiction by the . . . Court . . . on the basis of Pakistan's Application". Those objections were set out in a note attached to the letter.

At a meeting held on 10 November 1999 by the President of the Court with the Parties' representatives pursuant to Article 31 of the Rules of Court, the Parties provisionally agreed to request the Court to determine separately the question of the Court's jurisdiction before any proceedings on the merits of the case, on the understanding that Pakistan would initially file a Memorial restricted to that question and that India might reply in a Counter-

Memorial restricted to the same question. By letters of 12 November 1999 and 25 November 1999, respectively, Pakistan and India confirmed their agreement on the procedure given *ad referendum* on 10 November 1999.

By an Order of 19 November 1999, the Court decided that the written proceedings should first be addressed to the question of the jurisdiction of the Court to entertain the Application, and fixed 10 January 2000 and 28 February 2000, respectively, as the time-limits for the filing of a Memorial by Pakistan and of a Counter-Memorial by India on that question. Those pleadings were duly filed within the time-limits fixed, and the case accordingly was then ready for hearing in regard to the question of jurisdiction.

In its Memorial, Pakistan, after recalling the facts set out in the Application, put forward various grounds which, in its view, founded the jurisdiction of the Court in the present case. In its Counter-Memorial, India rejected the allegations of Pakistan concerning the facts as set out by the Applicant, and then developed its arguments in support of its objections to jurisdiction.

I would add that, having consulted the Parties, the Court has decided, in accordance with Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, to make the written pleadings, and the annexes thereto, accessible to the public at the opening of the oral proceedings.

Je constate la présence à l'audience des agents, conseils et avocats des deux Parties. Conformément aux arrangements relatifs à l'organisation de la procédure qui ont été acceptées par les Parties, le Pakistan présentera le premier ses plaidoiries, lors de la présente séance. L'Inde présentera les siennes demain. Je donne maintenant la parole à M. Jamshed Hamid, coagent de la République islamique du Pakistan.

M. HAMID: Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, je considère comme un grand privilège et je suis très honoré de comparaître devant cette éminente institution en ma qualité de coagent du Gouvernement de la République islamique du Pakistan.

Le Pakistan s'est toujours efforcé de faire en sorte que tous les différends soient réglés par des moyens pacifiques. Depuis notre accession à l'indépendance, il y a plus de cinquante ans, l'histoire de notre pays témoigne de ces efforts. C'est dans le même esprit et conformément à la même tradition que le Gouvernement du Pakistan demande à la Cour internationale de Justice de statuer sur le différend qui nous oppose à l'Inde au sujet de l'*Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*.

L'argumentation du Gouvernement du Pakistan sera présentée à ces audiences par M. Aziz A. Munshi, *Attorney General* du Pakistan, en qualité de conseil principal, Sir Lauterpacht, Q. C., professeur honoraire de droit international à l'Université de Cambridge et membre de l'Institut du droit international, en qualité de conseil et M. Fathi Kemicha, docteur en droit de l'Université de Paris et avocat au barreau de Paris, en tant que conseil.

Seront également présents et apporteront leur concours M. Amir Shadani, qui fait fonction d'agent, M. Zahid Said, avocat, en tant que conseil associé, M. Ross Masud et M. Shair Bahadur Khan, conseillers juridiques adjoints au ministère des affaires étrangères, M. Moazzam Khan, agent adjoint, et Mlle Norah Gallagher, *Solicitor*.

Monsieur le président, permettez-moi de vous demander d'avoir l'obligeance d'inviter M. Aziz A. Munshi, *Attorney General* et ministre de la justice, des affaires parlementaires et des droits de l'homme, à prendre la parole en premier au nom du Gouvernement du Pakistan.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur Hamid, je donne maintenant la parole à M. Aziz A. Munshi, *Attorney General* et ministre de la justice du Pakistan. Monsieur l'*Attorney General*, vous avez la parole.

M. MUNSHI : Merci. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour,

1. Permettez-moi, Monsieur le président, de dire tout d'abord que c'est un honneur et un privilège pour moi, en ma qualité d'*Attorney General* et de ministre de la justice du Pakistan, de me présenter devant la Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Le fait que le Pakistan ait soumis cette affaire à la Cour traduit le profond attachement du Pakistan aux buts et aux principes

de la Charte des Nations Unies ainsi que son respect des obligations qui incombent aux Etats membres des Nations Unies en matière de règlement pacifique des différends, en vertu des dispositions de l'article 33 de la Charte des Nations Unies.

2. Je me sens tenu, dans le cadre de cette présentation liminaire, d'attirer l'attention de la Cour sur les circonstances extraordinaires dans lesquelles l'Inde a soulevé des exceptions à l'encontre de la compétence de la Cour dans cette affaire. La Cour reconnaîtra sans aucun doute que cette affaire est parfaitement de nature à lui être soumise, et, si je peux utiliser ces termes, constitue le type même d'une question susceptible d'être portée devant un juge.

3. Le Pakistan soutient que les vives réticences de l'Inde vis-à-vis d'un examen impartial du différend sont dénuées de fondement et injustifiées. Le Pakistan soutient en outre que le différend, tel qu'il est exposé dans la requête et dans le mémoire présentés par le Pakistan, devrait être réglé rapidement, si l'on veut éviter qu'il ne devienne une source d'embarras dans les relations entre l'Inde et le Pakistan. Si l'Inde n'a rien à cacher, elle devrait accueillir avec satisfaction la possibilité qui lui est offerte d'établir la vérité. Si l'Inde a quelque chose à cacher, l'attitude qu'elle a adoptée jusqu'à présent ne fait que confirmer qu'elle est responsable de la destruction délibérée d'un avion pakistanais non armé de type *Atlantique*, survenue dans la matinée du 10 août 1999 à l'intérieur de l'espace aérien et du territoire pakistanais.

4. Monsieur le président, je voudrais souligner dès le début qu'il ne s'agit aucunement ici, contrairement à ce que prétend l'Inde, d'un exercice de propagande. Il est consternant, pour l'Inde, d'avancer en premier lieu qu'elle a abattu un avion pakistanais non armé et tué les seize jeunes personnes à son bord, à l'intérieur du territoire pakistanais, et qu'elle s'attend à ce que le Pakistan ne porte pas plainte devant la plus haute instance judiciaire internationale. Cela revient à frapper à homme, le plaquer au sol, sans même lui permettre d'invoquer son droit légitime de se plaindre. C'est là l'attitude d'une personne qui, dans la vie ordinaire, n'a aucun respect pour l'état de droit. Le Pakistan ne peut pas accepter, et n'acceptera pas, une telle agression de la part de l'Inde. A l'inverse, le Pakistan, dans le droit fil des obligations qui lui incombent en vertu de la Charte des Nations Unies et du Statut de la Cour internationale de Justice, a eu recours à une solution civilisée, en faisant appel à cet éminent organe judiciaire afin qu'il règle ce différend. Les faits de l'incident semblent indiquer que l'Inde a commis un délit international grave, qui constitue une violation sauvage des normes internationales. Le Gouvernement du Pakistan déclare qu'il a le droit de demander réparation, devant la plus haute instance judiciaire, pour cette violation injustifiable du droit international.

5. Je pense qu'une présentation du contexte de cette affaire peut présenter une certaine utilité pour la Cour.

6. La Cour sait certainement que, depuis plus d'un demi-siècle, un différend oppose l'Inde au Pakistan au sujet de l'Etat de l'Etat de Jammu-et-Cachemire et de l'application de résolutions des Nations Unies qui garantissaient au peuple de Jammu-et-Cachemire son droit à l'autodétermination. L'Inde n'a malheureusement pas appliqué les résolutions des Nations Unies auxquelles elle avait donné son accord lors de toutes les périodes décisives. L'Inde a au contraire étouffé le processus démocratique d'autodétermination pendant près de cinquante-deux ans et a occupé par la force le territoire de cet Etat, en y maintenant une force militaire et paramilitaire de 700 000 individus pour réprimer le peuple. Cela a inévitablement entraîné une lutte de libération dans l'Etat de Jammu-et-Cachemire. Dans ce contexte, et malgré les accords conclus entre les deux pays, et j'appelle l'attention sur ce point - l'accord de Simla signé le 2 juillet 1972 et l'accord de Lahore signé le 21 février 1999-- il y a eu des périodes de tension et même d'hostilités le long de la ligne de contrôle dans l'Etat de Jammu-et-Cachemire, qui fait l'objet du différend. Des combats opposant des combattants pour la liberté indiens et cachemiriens se sont déroulés entre les mois de mars et juin 1999, au cours desquels les forces indiennes ont essuyé de lourdes pertes, ce qui a aggravé la tension dans la région. Pour échapper au jugement de l'opinion publique à la veille des élections générales qui devaient avoir lieu en septembre 1999, le Gouvernement de l'Inde, qui était alors chargé de l'expédition des affaires courantes, a choisi, sans raison, d'adopter un comportement agressif qui a connu son apogée avec cet incident. Le Gouvernement de l'Inde, pour tirer de cette situation un gain politique sur le plan interne, s'est écarté des voies de la rectitude et des normes internationales et a suscité délibérément cet incident aérien.

7. Ainsi, le 10 août 1999, un avion pakistanais non armé qui effectuait une mission d'entraînement dans l'espace aérien pakistanais a été abattu par un missile air-air tiré sans sommation par un avion de combat indien. Au total, seize jeunes officiers de la marine qui étaient à bord ont été tués. Le Pakistan tient l'Inde pour entièrement responsable de cet acte militaire hostile parfaitement injustifié.

8. Lorsqu'un avion aussi lent que l'*Atlantique* est abattu par un missile, l'épave de l'appareil fait une chute verticale vers le sol. L'épave de l'appareil détruit est tombée à deux kilomètres à l'intérieur du territoire pakistanais. Entre le moment où l'appareil a été abattu et celui où les hélicoptères pakistanais ont trouvé l'épave, des hélicoptères indiens, qui savaient exactement où l'avion avait été abattu, sont entrés clandestinement en territoire pakistanais et ont emporté, du côté indien de la frontière, certains débris. Ils ont fait cela intentionnellement, de façon à donner l'impression fautive que l'avion pakistanais était en train de survoler le territoire indien au moment où il avait été abattu. Néanmoins, les débris de l'appareil sont bien tombés au Pakistan; il existe des éléments de preuve concluants de ce fait, et l'endroit où l'appareil s'est écrasé se trouve en territoire et sous contrôle pakistanais, ce que l'Inde ne peut nier.

9. Immédiatement après l'incident du 10 août, le Pakistan a informé le président du Conseil de sécurité et le Secrétaire général des Nations Unies de ce qui s'était passé. Sensible aux dangers que présentait cette situation, le Secrétaire général, le même jour, a fait la déclaration suivante :

«Le Secrétaire général regrette les décès survenus lors de la destruction de l'avion pakistanais par les forces aériennes de l'Inde. Il est de plus en plus préoccupé par les incidents qui se produisent de façon répétée entre l'Inde et le Pakistan et presse ces deux pays de résoudre leurs différends par des moyens pacifiques. Il demande aux deux Etats de faire preuve de la plus grande retenue possible. Il espère qu'ils reprendront leurs discussions bilatérales le plus tôt possible, dans l'esprit de la déclaration de Lahore.» [Traduction du Greffe.]

10. Notons que le Secrétaire général n'avait apparemment pas de doute quant à l'identité de l'auteur du méfait lorsqu'il a déclaré : «Le Secrétaire général regrette les décès survenus lors de la destruction de l'avion pakistanais par les forces aériennes de l'Inde.» Comment interpréter cela autrement que comme une reconnaissance, par le Secrétaire général, qui fait toujours preuve d'une très grande prudence dans ses déclarations, que c'est l'Inde, et personne d'autre, qui a abattu l'avion pakistanais. Il s'agit bien d'un fait que l'Inde a admis à plus d'une occasion.

11. Au lendemain de cet événement, le Gouvernement du Pakistan a soigneusement examiné cette question pendant deux semaines, en raison des fortes tensions qui régnaient entre les deux pays et également parce que le Gouvernement du Pakistan se retenait de faire quoi que ce soit qui aurait pu entraîner un cycle de représailles susceptible de compromettre un règlement pacifique. Par une lettre du 25 août 1999 adressée au Secrétaire général des Nations Unies par le ministre des affaires étrangères du Pakistan (annexe A au mémoire), cet Etat a demandé au Secrétaire général d'envoyer une «mission d'enquête» dans la région afin qu'elle établisse les circonstances de l'incident. Le Pakistan a adressé directement au Gouvernement de l'Inde (annexe C au mémoire), le 30 août, une demande de réparation pour la perte de l'avion et pour le décès de seize personnes innocentes. Le Gouvernement de l'Inde, sans même prendre la peine de l'examiner, a rejeté publiquement la demande du Pakistan et fermé la porte à un règlement du différend lors d'une étape suivante (annexe D au mémoire).

12. Le Secrétaire général a répondu le 3 septembre (annexe B au mémoire). Il a indiqué qu'il avait consulté le Gouvernement indien, lequel avait répondu qu'«il ne vo[yait] pas la nécessité» -- et je souligne les mots «il ne vo[yait] pas la nécessité» -- que soit menée, sous une forme ou sous une autre, au sujet de cet incident, une enquête par une tierce partie et rejetait ainsi celle-ci». La Cour souhaite certainement entendre, de la bouche de l'Inde, les raisons pour lesquelles cet Etat a répondu de façon si négative à la demande du Pakistan, demande qui était on ne peut plus raisonnable et positive dans de telles circonstances. Dans ces conditions, le Pakistan n'avait plus d'autre choix que de s'adresser à cette éminente Cour. Que pouvait-il faire d'autre ? Et maintenant l'Inde tente d'empêcher la Cour d'entendre l'affaire. Le Pakistan se demande naturellement pourquoi l'Inde montre autant de résistance à l'égard d'un examen impartial du différend. Celui-ci devrait être résolu rapidement et de façon décisive si l'on ne veut pas qu'il reste une source de problèmes dans les relations entre l'Inde et le Pakistan. Si l'Inde n'a rien à cacher, elle devrait accueillir avec satisfaction la possibilité qui lui est offerte d'établir son innocence. Si l'Inde a quelque chose à cacher, l'attitude qu'elle a adoptée jusqu'à présent ne fait que confirmer qu'elle est responsable de ce qui s'est passé. Le Pakistan souhaite sincèrement que cette éminente Cour exercera la compétence que les Parties -- le Pakistan en est pleinement convaincu -- ont conférée à la Cour.

## Conclusions du Pakistan sur la compétence

13. Je me propose de présenter maintenant, sous forme de récapitulation, les conclusions du Pakistan sur la question de la compétence.
14. Le Pakistan a invoqué deux bases de compétence de la Cour. Comme indiqué dans son mémoire, le premier est l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux de 1928; le second est la disposition du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, relative à la clause facultative.
15. Il me sera plus pratique, aux fins des présentes plaidoiries, de renverser l'ordre de présentation et de traiter de la clause facultative en premier, avant de passer à l'Acte général.
16. S'agissant de la clause facultative, l'Inde a invoqué deux réserves qui, selon elle, excluent la compétence de la Cour.
17. La première a trait aux différends avec les Etats qui ont ou ont été membres du Commonwealth. C'est la réserve «relative aux membres du Commonwealth».
18. La seconde réserve invoquée par l'Inde est la réserve «relative aux traités multilatéraux». Cette réserve ne permet à la Cour d'exercer sa juridiction dans une affaire intéressant l'application d'un traité multilatéral que si toutes les parties au traité sont également parties à l'affaire.
19. Le Pakistan conteste l'applicabilité et l'effet de l'une et l'autre de ces réserves.

### La réserve relative aux membres du Commonwealth

20. S'agissant de la première, la réserve relative aux membres du Commonwealth, le Pakistan présente deux conclusions principales :

a) La première conclusion, que je soumet très respectueusement à la Cour au nom du Pakistan, est que la réserve relative aux membres du Commonwealth que l'Inde prétend invoquer n'entre pas dans les différentes catégories de réserves autorisées aux termes du paragraphe 3 de l'article 36 du Statut. La formulation de ce paragraphe est claire. Les déclarations sont faites soit purement et simplement, soit éventuellement assorties de deux conditions ? sous condition de réciprocité ou pour un délai déterminé. J'appellerai «extra-statutaires» les réserves n'entrant pas dans les catégories autorisées. La thèse que je défendrai est que la Cour ne peut appliquer une réserve extra-statutaire formulée par l'Etat défendeur à l'encontre de l'Etat requérant que si un élément de l'affaire l'autorise à conclure ? je dis bien à conclure ? que le requérant a accepté la réserve. Une telle acceptation peut être inférée dans deux cas. Le premier est lorsque l'Etat requérant a lui-même formulé une réserve identique ou comparable. Le second est lorsque le requérant à qui l'Etat défendeur a opposé la réserve s'est montré disposé à engager la controverse sur l'interprétation de la teneur de cette réserve, sans en contester l'opposabilité en elle-même. Si, toutefois, le requérant conteste l'applicabilité de la réserve, et j'insiste sur ce point ? si, toutefois, le demandeur conteste l'applicabilité de la réserve ?, alors la Cour doit déterminer, à la lumière de la teneur de ladite réserve et des circonstances, si celle-ci est applicable ou opposable au requérant.

b) La deuxième conclusion du Pakistan en ce qui concerne la réserve relative aux membres du Commonwealth est que cette réserve est de toute façon inapplicable, non plus en raison de son caractère extra-statutaire et de son inopposabilité au Pakistan, mais parce qu'elle est obsolète. La réserve a été introduite en 1929, alors que la communauté de nations britannique, placée sous l'autorité de l'Imperial Head of the United Kingdom, était beaucoup plus restreinte, et les relations entre ses membres beaucoup plus étroites que de nos jours. Cette communauté regroupant alors six membres en compte aujourd'hui cinquante quatre, la plupart ayant à leur tête un chef d'Etat indépendant. Si l'on considérait en 1929 que le droit international ne s'appliquait pas aux relations entre ses membres, il est évident aujourd'hui qu'il s'applique entre eux de la même façon qu'aux relations entre d'autres Etats indépendants. De l'avis du Pakistan, la tentative de l'Inde pour

perpétuer une réserve qui a perdu aujourd'hui toute raison d'être visée en réalité le Pakistan et lui seul. En tant que telle, elle constitue un abus de la procédure devant cette Cour et l'Inde ne saurait être autorisée à empêcher par cet artifice que la plainte du Pakistan soit jugée de façon impartiale.

c) L'Inde abuse de la procédure devant la Cour et des droits du Pakistan à un autre égard encore. Elle ne tient aucun compte de l'obligation qu'elle a solennellement contractée vis-à-vis du Pakistan en s'engageant par l'accord de Simla en 1972 à régler les différends avec le Pakistan «par tous autres moyens ... dont ils pourront convenir» (mémoire du Pakistan, annexe H). La relation créée par leur adhésion à la clause facultative a pris effet entre l'Inde et le Pakistan longtemps avant le 2 juillet 1972, date de la signature de l'accord de Simla. Le Pakistan a peine à croire que l'Inde, après avoir expressément convenu de régler les différends avec le Pakistan par tous autres moyens dont les deux pays auront pu convenir, puisse tenter de faire échec à l'application de la clause facultative en invoquant la réserve relative aux membres du Commonwealth à l'encontre du Pakistan. Il y a là ni plus ni moins un acte de mauvaise foi.

d) L'Inde fait également valoir que la Cour n'a pas compétence du fait de sa réserve relative aux traités multilatéraux. Elle affirme que la Cour ne peut connaître des aspects de l'affaire qui se fondent sur la Charte des Nations Unies. Sur ce point, la question s'est trouvée effectivement traitée dans ce que la Cour a estimé devoir dire en la matière en l'affaire du *Nicaragua*. Les violations du droit international dont le Pakistan affirme que l'Inde s'est rendue coupable ont trait essentiellement au droit coutumier. La réserve de l'Inde ne peut donc empêcher la Cour de connaître de ces violations.

e) De cela découle la deuxième base de compétence de la Cour invoquée par le Pakistan. Je veux parler de l'Acte général de 1928. Le Pakistan et l'Inde sont tous deux Parties à l'Acte général. La question ici est de savoir si l'Acte général est toujours en vigueur et s'il lie encore l'Inde. De l'avis du Pakistan, l'Acte général a survécu à la dissolution de la Société des Nations et les obligations conventionnelles qui y sont énoncées ont été dévolues à la fois à l'Inde et au Pakistan au moment de l'indépendance. Le Pakistan soutient qu'aucun fait nouveau n'est intervenu depuis l'indépendance qui soit de nature à mettre fin à l'application de l'Acte général. Le Pakistan attache une grande importance à l'intéressante opinion dissidente commune exposée en 1974 par MM. Aréchaga, Dillard, Onyeama et Waldock dans l'affaire des *Essais nucléaires*. Bien que qualifiée d'opinion dissidente, celle-ci ne prend en rien position sur ces questions contre quoi que se soit qu'ait déclaré la Cour, puisque cette dernière ne s'est pas prononcée sur l'applicabilité de l'Acte général. Aussi constitue-t-elle une déclaration judiciaire non contestée faisant au plus haut point autorité. Le Pakistan se propose de traiter de ce point en répondant à quatre questions :

i) Quel était le statut juridique de l'Acte général en 1947 ?

ii) Quel effet l'indépendance a-t-elle alors eu sur la position de l'Inde ?

iii) Quel effet l'indépendance a-t-elle eu sur la position du Pakistan à l'égard de l'Acte général ?

iv) Quel effet, le cas échéant, les événements postérieurs à 1947 ont-ils eu sur la position des deux pays ?

### **Inapplicabilité ou inopposabilité au Pakistan des réserves extra-statutaires de l'Inde**

21. Je voudrais à présent traiter plus en détail de la première branche du moyen du Pakistan. Elle a trait au recours par l'Inde à ce qu'il est convenu d'appeler la «réserve relative aux membres du Commonwealth» et la réserve relative aux «traités multilatéraux», qui constituent sa première ligne de défense face à l'invocation par le Pakistan de la déclaration qu'elle a faite en vertu de la clause facultative.

22. La première thèse défendue par le Pakistan est que la réserve est incompatible avec les dispositions du

Statut et ne peut par conséquent être invoquée par l'Inde à l'encontre du Pakistan. Tout autre Etat qui entend reconnaître cette réserve est libre de le faire. Mais, pour ce qui est du Pakistan, je soutiens, très respectueusement, qu'en l'espèce il est en droit de la rejeter comme étant incompatible avec les dispositions du paragraphe 3 de l'article 36. La réserve de l'Inde n'entre pas dans les différentes catégories de réserves autorisées par ce paragraphe et elle n'est donc pas opposable à un Etat qui, d'une manière ou d'une autre, ne l'accepte pas. Le Pakistan ne l'accepte pas.

23. La proposition peut apparaître à première vue surprenante. Elle semble aller à contre-courant d'une pratique étatique établie dont témoigne toute une série de déclarations faites par un certain nombre d'Etats. Elle va également à l'encontre du postulat, largement répandu et souvent exprimé, selon lequel un Etat est libre d'émettre pratiquement toutes les réserves qu'il souhaite dans la déclaration qu'il fait en vertu de la clause facultative. Mais, comme je vais le développer sous peu, la Cour n'a jamais confirmé ou appliqué une réserve ne satisfaisant pas aux conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 36 que lorsque sa validité n'était pas contestée dans une affaire donnée ou lorsque les deux parties étaient convenues utilement que la Cour devrait considérer la réserve comme valable. Cet accord a été déduit des faits particuliers de chaque espèce, et en premier lieu du fait que la réserve avait été émise par l'Etat requérant et qu'elle était invoquée par l'Etat défendeur en vertu du principe de réciprocité. Il est arrivé aussi que l'Etat défendeur ait choisi de contester la réserve sur le fond sans en mettre en cause l'applicabilité. La Cour était désireuse, voire peut-être impatiente, de laisser de côté la question de l'applicabilité, aucune partie n'ayant soulevé cette question et toutes deux ayant, par leur comportement, manifesté leur consentement à considérer la réserve comme exécutoire en ses termes. Mais, à ma connaissance, il n'existe pas de précédent où, comme en la présente instance, l'Etat requérant conteste directement l'applicabilité de la réserve de l'Etat défendeur et ne manifeste en aucune façon qu'il est prêt à accepter la réserve.

24. Le fil de mon argumentation est le suivant :

25. Le Statut dispose expressément au paragraphe 3 de l'article 36 que les déclarations peuvent soit être effectuées purement et simplement, soit être assorties de deux conditions : sous condition de réciprocité de la part de plusieurs Etats ou de certains d'eux, ou pour un délai déterminé. Si la règle d'interprétation *inclusio unius est exclusio alterius* a un sens, il s'ensuit que lorsque deux conditions particulières ont été posées, toute autre condition se trouve nécessairement exclue.

26. Ainsi, la réserve du Commonwealth contenue dans la déclaration de l'Inde ne satisfait manifestement à aucune de ces conditions. Comment peut-elle donc être justifiée ?

27. La réponse évidente – une réponse que conteste à présent le Pakistan – est que la pratique étatique est venue modifier les dispositions expresses du paragraphe 3 de l'article 36 et que l'idée a fini par s'imposer que tous les types de réserve sont autorisés, à l'exception peut-être des réserves visant à priver la Cour de son droit de trancher les questions relatives à sa compétence -- soit ce que l'on appelle les réserves automatiques.

28. La première observation qu'appelle ce raisonnement est que le nombre d'Etats concernés est limité. Cent quatre-vingt-cinq Etats sont parties au Statut de la Cour. Soixante Etats sont parties à la clause facultative. Parmi ces derniers, vingt-trois ont signé ladite clause sans formuler de réserve extra-statutaire. Parmi les 37 qui ont assorti leur acceptation de réserves n'entrant pas dans les catégories prévues au paragraphe 3 de l'article 36, quatorze ont émis une réserve touchant les questions qui relèvent de leur juridiction interne, ce que l'on peut à peine qualifier de réserve, au sens propre du terme, ou ont exclu les différends pour lesquels il existe d'autres moyens de règlement. Il semble donc que le nombre d'Etats ayant émis des réserves qui présentent un caractère véritablement extra-statutaire n'est pas supérieur à vingt-trois (chiffre qui correspond au nombre d'Etats n'ayant émis aucune réserve extra-statutaire). Ces vingt-trois Etats ne représentent que 38% environ des parties signataires au Statut. Aussi ne paraît-il pas juste de permettre qu'un nombre aussi peu représentatif d'Etats disposent du pouvoir d'amender le texte dépourvu d'ambiguïté du paragraphe 3 de l'article 36 du Statut.

29. De plus, il convient de rappeler qu'il n'existe pas de procédure pour l'examen de la recevabilité des réserves au moment de leur formulation, que ce soit à l'initiative de la Cour, de l'Etat ayant formulé la réserve, ou de tout autre Etat concerné. Ainsi, toute réserve formulée reste incontestée jusqu'à ce qu'elle soit invoquée lors d'une affaire particulière; et cette réserve sera appliquée tant que son applicabilité n'aura pas été mise en question. Certes il est arrivé que des Etats émettent des doutes quant à l'applicabilité, voire la validité, de telle ou telle réserve en-dehors du cadre d'une affaire déterminée, mais il a toujours été possible à la Cour d'éviter

d'avoir à traiter la question de front.

30. Il peut être utile pour la Cour que je cite quelques-unes des affaires les plus importantes dans l'ordre chronologique inverse. Je ne retiendrai que celles dans lesquelles la compétence de la Cour a été invoquée en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut et où l'Etat défendeur a soulevé une exception fondée sur une réserve figurant dans sa déclaration. Il va sans dire que le problème qui nous occupe ne s'est pas posé dans toutes les affaires où ledit paragraphe trouvait à s'appliquer.

31. L'exemple le plus récent d'invocation d'une réserve extra-statutaire sur laquelle la Cour s'est prononcée est l'affaire de la *Compétence en matière de Pêcheries (Espagne c. Canada, C.I.J Recueil 1998)*. Dans cette affaire, la Cour a donné plein effet à une réserve canadienne à la clause facultative visant expressément les mesures de conservation et de gestion en matière de pêcheries. De toute évidence, cette réserve n'entraîne pas dans les catégories autorisées au paragraphe 3 de l'article 36. Au paragraphe 40 de son arrêt, la Cour a décrit la position de l'Espagne vis-à-vis de la réserve en cause comme suit:

«L'Espagne semble parfois soutenir que la réserve du Canada n'est pas valide ou est inopérante en raison de son incompatibilité avec le Statut de la Cour, la Charte des Nations Unies et le droit international. Toutefois, la position de l'Espagne paraît principalement être qu'aux fins d'éviter une telle incompatibilité il y aurait lieu de donner de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration une interprétation différente de celle qu'avance le Canada.»

La Cour s'est référée aux passages des écritures et plaidoiries de l'Espagne d'où il ressort semble-t-il que le différend principal opposant celle-ci au Canada portait sur l'interprétation de la réserve. La Cour est donc parvenue à la conclusion suivante au paragraphe 41 de l'arrêt :

«En conséquence, la Cour est parvenue à la conclusion que l'Espagne soutient que l'*interprétation* que le Canada cherche à faire prévaloir de l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de sa déclaration va à l'encontre non seulement du Statut, mais aussi de la Charte et du droit international général, et ne saurait donc être retenue. La question portée devant la Cour est dès lors de *savoir si le sens* qui doit être attribué à la réserve du Canada permet à la Cour de se déclarer compétente pour statuer sur le différend porté devant elle par la requête de l'Espagne.» (Les italiques sont de nous.)

32. En résumé, la Cour s'est dispensée d'avoir à se pencher sur la validité ou l'applicabilité de la réserve canadienne en constatant que les deux Parties reconnaissaient que les Etats «disposent d'une grande liberté pour formuler leur déclaration». La Cour a considéré que l'Espagne ne mettait pas beaucoup d'insistance à affirmer que la réserve canadienne était entachée de nullité ou inapplicable. La Cour n'a pas par cela déclaré que la réserve canadienne était nulle ou inapplicable ? mais seulement qu'il ne lui était point besoin de statuer sur la question.

33. Et, avec tout le respect que je dois à la Cour, je soutiens qu'une telle analyse, ou une autre approchante, s'applique à toutes les affaires dans lesquelles la Cour a examiné des réserves à la clause facultative, ma conclusion étant que la Cour n'a jamais eu à statuer sur l'applicabilité d'une réserve, même dans une affaire où l'Etat requérant avait soulevé la question de l'applicabilité.

34. Si nous remontons à l'affaire de Nauru (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), C.I.J. Recueil 1992, p. 240*), nous constatons que l'Australie, en tant qu'Etat défendeur, a invoqué les dispositions de sa propre réserve excluant les différends «au sujet desquels les parties ont convenu ou conviennent de recourir à une autre procédure de règlement pacifique». Il s'agissait d'une réserve ne remplissant manifestement pas les conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 36. Néanmoins, la Cour a examiné l'argument sur le fond, encore qu'elle l'ait rejeté au motif qu'il n'existait aucune autre procédure appropriée.

35. Bien que cette affaire semble à première vue réfuter l'argument du Pakistan, il n'en est rien en réalité, car la Cour a noté que la déclaration de Nauru, celle de l'Etat requérant, contenait également une réserve similaire. La Cour était ainsi à même de présumer que les parties étaient prêtes à considérer leurs déclarations comme non affectées par ce type de réserve extra-statutaire.

36. On pourrait citer bien d'autres exemples encore. Dans chaque affaire où la Cour a dû examiner des réserves ne satisfaisant pas aux conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 36, elle a pu statuer sur la réserve sur le

fond parce que l'Etat requérant n'a jamais contesté l'applicabilité de la réserve de l'Etat défendeur.

37. L'affaire suivante qu'il convient de citer, en remontant plus loin dans le temps, est celle du *Nicaragua (Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique, C.I.J. Recueil 1984, p. 392)*. Bien qu'il n'ait été nullement débattu dans cette affaire de l'applicabilité d'une réserve, l'Inde ne manquera sans doute pas de s'y référer. Je préfère prendre les devants afin que l'on ne pense pas que les termes en question m'ont échappé.

38. Au paragraphe 38 de son arrêt, la Cour a dit que:

«Les déclarations d'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour sont des engagements facultatifs et unilatéraux que les Etats sont totalement libres de prendre ou de ne pas prendre. En faisant cette déclaration, un Etat est tout aussi libre de le faire sans imposer de conditions et de limites temporelles pour sa durée, ou de l'assortir de conditions ou de réserves.»

39. C'est là le type d'énoncé qui peut être utilisé à l'appui de la thèse postulant la liberté la plus totale en matière de réserves. Il importe toutefois de le lire à la lumière de la phrase qui le suit dans ce même arrêt :

«En particulier, elle peut limiter l'effet des différends survenant après une certaine date; ou alors elle peut préciser combien de temps la déclaration demeure en vigueur, ou quel genre de notification il faudra produire afin d'y mettre fin.»

Ici, la Cour, en précisant les catégories de réserves qui peuvent être émises, semble avoir délibérément limité ses exemples à celles qui satisfont clairement aux conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 36. Les exemples touchent tous l'aspect temporel des réserves. On ne saurait donc conclure de cette remarque de la Cour qu'elle approuve toutes les réserves sans exception, mais seulement qu'elle approuve celles qui satisfont aux conditions prescrites au paragraphe 3 de l'article 36.

40. Il y a un autre enseignement à tirer de cet arrêt, dans le paragraphe qui suit immédiatement, lequel intéresse directement le point d'ordre général que je défends. Au paragraphe 60, la Cour dit ceci:

«En fait, les déclarations, bien qu'il s'agisse d'actes unilatéraux, établissent une série d'engagements bilatéraux avec d'autres Etats en acceptant la même obligation de compétence obligatoire, dans lesquels les conditions, réserves et clauses de limitation dans le temps sont prises en compte. En établissant ce réseau d'engagements, qui constitue le système de la clause facultative, le principe de bonne foi joue un rôle important.»

41. Dans le passage que je viens de citer, j'ai mis en relief les mots «une série d'engagements bilatéraux» et «ce réseau d'engagements». La clause facultative n'entre en vigueur que lorsqu'elle est invoquée dans une affaire particulière. En pareil cas, elle prend effet selon les termes de la déclaration et des réserves qui lient les deux parties. Le fait qu'une partie a émis des réserves ne satisfaisant pas aux conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 36 ne concerne que l'Etat qui les a faites et les Etats qui les acceptent. L'Etat ayant émis une réserve est lié à l'évidence par sa déclaration et sa propre réserve extra-statutaire. Mais si cet Etat est le défendeur, comme dans l'affaire présente, l'Etat requérant n'est pas lié par la réserve extra-statutaire de l'Etat défendeur à moins qu'il n'y consente. Si l'Etat requérant choisit de ne pas soulever la question de l'applicabilité de la réserve de l'Etat défendeur, alors il faut considérer qu'il a accepté cette réserve. Mais si l'Etat requérant, pour de bonnes raisons, fait objection au motif, par exemple, que la réserve ne satisfait pas aux conditions énoncées au paragraphe 3 de l'article 36, alors l'Etat requérant a le droit de le faire. Il incombe alors à la Cour d'apprécier dans quelle mesure la réserve est compatible avec les dispositions du paragraphe 3 de l'article 36. C'est ce que le Pakistan demande à la Cour en l'espèce.

42. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'en arrive à la fin de ma présentation liminaire. Je vous saurais gré de bien vouloir appeler sir Lauterpacht afin qu'il poursuive l'exposé des moyens du Pakistan, sous réserve de ce que je pourrais avoir à dire mercredi.

43. Qu'il me soit permis, au terme de cette présentation, de dire une fois encore combien le Pakistan est soucieux de mettre fin à ce différend de manière élégante et pacifique, en conformité avec les règles de droit international et les principes de la justice. Je vous remercie.

Le PRESIDENT : Merci beaucoup, Monsieur l'*Attorney General*. Je donne à présent la parole à sir Elihu Lauterpacht.

Sir Elihu LAUTERPACHT : Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, c'est comme toujours un honneur et un grand plaisir pour moi que de plaider devant vous. A cette occasion, me permettez-vous, Monsieur le président, et vous, Monsieur le vice-président, de vous présenter mes félicitations pour votre élection aux fonctions éminentes qui sont à présent les vôtres, et de présenter de même mes félicitations et mes vœux les plus chaleureux aux nouveaux membres de la Cour, Messieurs Al-Khasawneh et Buergenthal. Je présente aussi mes vœux respectueux aux juges *ad hoc* qui ont été désignés par les Parties.

1. Monsieur le président, la Cour vient d'entendre l'*Attorney General* du Pakistan traiter de ce qui constitue logiquement la première question qui se pose en cette phase de l'affaire -- la question de l'opposabilité au Pakistan de la réserve de l'Inde relative aux membres du Commonwealth. L'*Attorney General* a fait valoir que, s'agissant de l'Inde et du Pakistan, la réserve de l'Inde ne peut être opposée au Pakistan. Le Pakistan est dans son droit quand il souligne, contre l'Inde, que la réserve de l'Inde doit être conforme aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 36.

2. Il m'incombe à présent d'exposer à la Cour deux autres motifs d'inapplicabilité de la réserve relative aux membres du Commonwealth. Je défendrai la thèse que la réserve est inapplicable à raison de son caractère obsolète et parce que son invocation constitue un abus de la part de l'Inde. Je rappellerai les origines historiques de ce qu'il est convenu d'appeler la «réserve relative aux membres du Commonwealth». Je montrerai que cette réserve est née d'une certaine conception de ce que l'on désignait alors sous le nom de «communauté de nations britannique». L'idée était que le droit international ne s'appliquait pas entre membres du Commonwealth. Cette idée fut baptisée «doctrine des rapports *inter se*». Le Commonwealth était une famille étroitement unie. Les différends apparus entre ses membres n'étaient pas régis par le droit international et ne se prêtaient pas à un règlement devant un tribunal international. Ils étaient censés être réglés devant d'autres «tribunaux de famille» qui, en fait, ne virent jamais le jour.

3. Je me dois donc d'attirer l'attention de la Cour sur la manière dont le Commonwealth a évolué depuis 1929, date à laquelle des Etats membres du Commonwealth ont introduit pour la première fois dans leur déclaration faite en vertu de la clause facultative une réserve relative aux autres membres du Commonwealth. Je montrerai à la Cour comment le principe initial sous-tendant la doctrine des rapports *inter se* est progressivement tombé en désuétude et comment les membres du Commonwealth, l'Inde y comprise, en sont venus à se considérer les uns les autres comme des Etats ordinaires, entre lesquels s'appliquent les règles d'usage en droit international et peuvent être intentés des procès au niveau international, selon la voie ordinaire.

4. Cette évolution dans la nature du Commonwealth est venue totalement ruiner la base sur laquelle repose la réserve relative aux membres du Commonwealth. L'existence d'une telle réserve reflète un mode de pensée qui est tout à fait dépassé aujourd'hui. La réserve est amoindrie par cette faiblesse. Elle ne peut plus produire d'effet. Le simple fait qu'une telle réserve apparaît encore dans les déclarations de six Etats membres du Commonwealth ne suffit pas à la rendre universellement applicable. L'important est qu'elle ne figure pas dans les déclarations de onze autres membres du Commonwealth qui ont souscrit à la clause facultative. Certes, la réserve est encore présente dans la déclaration du Royaume-Uni, mais elle n'y figure depuis 1969 que sous une forme extrêmement atténuée. Elle ne s'applique plus qu'aux situations ou aux faits antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1969. Le but est de protéger le Royaume-Uni de toute action de ses anciennes colonies qui pourrait mettre en cause sa conduite durant la période qui a précédé l'accession desdites colonies au statut de membre indépendant du Commonwealth. La réserve ne pourrait jamais être invoquée dans une affaire portant, comme la présente espèce, sur des faits tout à fait récents, mais le seul fait qu'elle ait été modifiée constitue en soi une preuve substantielle de l'évolution du Commonwealth. Voici plus de trente ans, le Royaume-Uni, en tant que pays à la tête du Commonwealth, a considéré que la réserve relative aux membres de cette communauté avait, si je puis me permettre cette expression familière, «dépassé la date de péremption» et qu'il convenait de l'abandonner à l'égard de tous nouveaux différends qui pourraient avoir trait à des événements ultérieurs. La réserve a complètement disparu aussi des déclarations de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et du Pakistan. Qui plus est, elle n'a jamais figuré dans les déclarations des neuf Etats membres du Commonwealth ci-après : Botswana, Cameroun, Chypre, Malawi, Nauru, Tchad, Nigeria, Swaziland et Ouganda.

## 1. Pertinence en droit de la désuétude : effets sur la bonne foi; abus de procédure

5. Avant toutefois d'entreprendre de démontrer plus en détail que la réserve relative aux membres du Commonwealth a cessé d'avoir le moindre fondement légitime et ne peut, de ce fait, être retenue par la Cour, je ferai brièvement observer à la Cour que, au regard du droit, la désuétude est un aspect qu'il est légitime de considérer lorsque l'on examine l'applicabilité — je dirai même la validité — d'une réserve. Point ne m'est besoin d'aborder la délicate question de la désuétude des traités en général. En la matière, tout ou presque dépend de ce qu'il est ou non établi que les parties ont pris d'un commun accord acte du dépérissement du traité. Pour l'heure, je me propose plutôt de souligner le caractère unilatéral d'une déclaration faite en vertu de la clause facultative et des réserves qui y sont apportées. Même si la déclaration crée une relation conventionnelle, la pérennité de cette déclaration ou d'une réserve y figurant n'est pas fonction du consentement commun des parties, comme c'est le cas s'agissant d'un traité. La teneur de la déclaration étant l'expression de la volonté d'un seul et unique Etat, l'Etat déclarant, les seuls facteurs qui influent sur le statut et l'interprétation de la déclaration sont des facteurs qui intéressent cet Etat seul ou considéré comme membre d'un groupe d'Etats. C'est pourquoi, s'il peut être démontré que les circonstances dans lesquelles la déclaration ou la réserve ont été pour la première fois formulées se sont radicalement modifiées depuis, alors ce simple élément suffira à affaiblir la réserve au point d'entraîner sa disparition. En d'autres termes, cette considération - - que la réserve est désormais dénuée de pertinence -- donnera à penser que la bonne foi, qui doit toujours présider à son invocation, fait défaut. Ou, pour le dire encore autrement, l'invocation de la réserve alors que les circonstances ont ainsi évolué prend le caractère d'un abus — abus de droit ou abus de procédure — auquel la Cour ne doit pas apporter, ou paraître apporter, son appui.

6. L'idée qu'une réserve puisse être obsolète et perdre de ce fait tout effet n'a pas été forgée par le Pakistan pour les besoins de la présente affaire. Elle a une origine judiciaire éminemment respectable et de nature à faire autorité. M. Ago l'a expressément émise dans un paragraphe de son opinion dissidente en l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru* (opinion jointe à l'arrêt d'août 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 327, par. 5). Il y examinait, entre autres, la question de savoir si Nauru aurait dû engager une procédure, non seulement contre l'Australie, mais aussi contre le Royaume-Uni et la Nouvelle-Zélande. A cet égard, il s'est manifestement interrogé sur la mesure dans laquelle le Royaume-Uni aurait pu opposer à Nauru sa déclaration faite en vertu de la clause facultative. Cette déclaration, on s'en souvient, contenait la réserve relative aux membres du Commonwealth dans sa version limitant ses effets aux événements antérieurs à 1969, réserve qui aurait pu s'appliquer aux circonstances de l'espèce. Or voici ce que M. Ago a estimé devoir dire :

«Très vraisemblablement, il [le Royaume-Uni] n'aurait donc pas soulevé, quant à lui seul, des obstacles insurmontables. Ceci d'autant plus que la clause excluant de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice les différends avec des Etats membres du Commonwealth -- clause insérée à l'origine dans la déclaration en prévision de la création d'une cour spéciale pour le Commonwealth -- pouvait facilement être considérée comme dépassée, ladite prévision ne s'étant jamais réalisée.»

## 2. Aspects constituant un abus

### a) Exclusion tacite du Pakistan

7. Ainsi qu'il est facile de le constater, Monsieur le président, la véritable fonction de la réserve de l'Inde «relative aux membres du Commonwealth» n'est pas d'exclure les différends avec les autres pays membres du Commonwealth en général, mais seulement ceux qui l'opposent à l'un d'eux en particulier -- j'ai nommé le demandeur en la présente instance : le Pakistan. Cette réserve revient à rejeter tacitement la compétence de la Cour vis-à-vis d'un pays et d'un seul. Bien sûr, on ne va pas manquer de dire : non, pas du tout. Il existe des différends avec un autre pays membre du Commonwealth, le Sri Lanka, de sorte que la réserve pourrait viser aussi ce pays. Des différends pourraient surgir aussi avec le Bangladesh. Mais pareille suggestion est réduite à néant par ces deux faits : d'une part, ni le Sri Lanka ni le Bangladesh ne sont à l'heure actuelle parties à la clause facultative; et, d'autre part, si l'un ou l'autre devait y souscrire un jour, les différends qui pourraient naître entre ces pays et l'Inde tomberaient sous le coup d'autres réserves, d'un caractère plus général, qui figurent dans la déclaration de l'Inde. L'une de ces réserves est celle qui est énoncée à l'alinéa 3 et qui a trait aux différends relevant de la juridiction interne. Une autre, énoncée à l'alinéa 5, exclut les différends à l'égard

desquels l'autre partie a accepté la juridiction obligatoire de la Cour a) uniquement pour ce qui concerne lesdits différends ou b) moins de douze mois avant la date du dépôt de la requête. Une autre réserve, énoncée à l'alinéa 10, exclut les différends territoriaux et maritimes. L'Inde, me semble-t-il, serait bien en peine de citer un différend pouvant éventuellement l'opposer au Sri Lanka ou au Bangladesh qui ne serait pas visé par ses multiples réserves. Et si elle s'en montre incapable, ma thèse selon laquelle l'Inde ne maintient la réserve relative aux membres du Commonwealth qu'à seule fin d'empêcher le Pakistan d'engager une action contre elle conserve toute sa force.

8. Cette discrimination à l'égard du Pakistan dans l'acceptation de la clause facultative par l'Inde équivaut en réalité à un abus de droit -- concept bien connu en droit international et qui est familier à la Cour. L'Inde invite, en fait, la Cour à cautionner un cas extrême d'exclusion d'un défendeur potentiel. L'Inde demande à la Cour d'admettre que l'Inde ait le droit de rejeter la compétence de la Cour dans une affaire où l'Inde sait, et où la Cour doit savoir, qu'elle ne dispose d'aucun moyen de défense quant au fond -- ce que l'Inde a pratiquement admis.

b) Défaut d'invocation par l'Inde de sa réserve relative aux différends territoriaux

9. Je me permets d'appeler l'attention de la Cour sur un autre aspect de la présente instance. Si l'Inde refuse de laisser l'affaire être jugée au fond, ce n'est pas parce qu'elle nourrit un doute raisonnable quant à la demande du Pakistan sur le fond. Ou bien l'appareil pakistanais a été abattu au-dessus du territoire pakistanais, ou il l'a été au-dessus du territoire de l'Inde. Dans le premier cas, l'Inde est manifestement responsable. Si l'appareil n'a pas été abattu au-dessus du territoire pakistanais, il n'a pu l'être qu'au-dessus du territoire de l'Inde. Telle est ni plus ni moins l'alternative. Or, s'il en est bien ainsi, il aurait assurément été dans la logique de la position adoptée par l'Inde que celle-ci, tout à son souci d'éviter que la justice ne se penche sur ses agissements, invoque la réserve formulée à l'alinéa 10 d) de sa déclaration, réserve qui exclut «les différends avec l'Inde concernant ou *portant sur* (j'insiste sur ces mots : «portant sur) ... l'espace aérien situé au-dessus de son territoire terrestre et maritime». Si l'appareil survolait le territoire de l'Inde lorsqu'il a été abattu, le différend entre dans la catégorie des différends «portant sur» l'espace aérien situé au-dessus de ce territoire. L'Inde aurait pu invoquer cette réserve. Mais elle ne l'a pas fait. Peut-il y avoir eu plus transparent -- avec nul doute involontaire -- que l'appareil n'a pas été abattu dans l'espace aérien indien ? Il s'ensuit que l'incident n'a pu se produire que dans l'espace aérien pakistanais -- fait qui fonde à la fois les moyens du Pakistan et la responsabilité de l'Inde.

10. Puis-je dire, en passant, qu'en invitant la Cour à prendre note de l'aveu implicite de l'Inde quant au lieu où se trouvait l'appareil au moment où il a été abattu, le Pakistan ne lui demande pas de se prononcer à ce stade sur un quelconque aspect du fond de l'affaire. Mais cela n'interdit pas pour autant à la Cour de garder la chose à l'esprit lorsqu'elle considère jusqu'à quel point l'invocation par l'Inde de la réserve relative aux membres du Commonwealth constitue un abus. Admettre que l'on est responsable de la destruction d'un aéronef, puis refuser d'accepter que le fait soit jugé est, je me dois de le suggérer respectueusement, un bel exemple d'abus. Monsieur le président, je suis à votre entière disposition : je puis faire une pause maintenant si tel est votre souhait, ou un peu plus tard si vous le préférez.

The PRESIDENT: You may continue for another ten minutes.

Sir Elihu LAUTERPACHT : Merci beaucoup, Monsieur le président.

c) L'Inde s'est montrée disposée à accepter la juridiction obligatoire dans d'autres affaires

11. Le caractère abusif de la tentative de l'Inde pour éviter que la Cour ne connaisse de cette affaire est encore démontré par le fait que l'Inde s'est montrée prête à invoquer la juridiction obligatoire de la Cour à l'encontre du Pakistan lorsque cela servait ses intérêts. Je veux parler de l'instance introduite par l'Inde en 1972 et jugée sous l'intitulé *Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (C.I.J. Recueil 1972, p. 46). Certes, le chef de compétence invoqué alors par l'Inde n'était pas la clause facultative, mais l'article II de l'accord relatif au transit des services aériens internationaux conclu en 1944 par l'Inde et le Pakistan et l'article 84 de la convention de 1944 relative à l'aviation civile internationale. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait là d'une voie de recours dont l'Inde pouvait se prévaloir en vertu du droit international et qu'elle était prête à le faire vis-à-vis du Pakistan.

12. Il y a, bien sûr, une différence formelle entre invoquer la juridiction de la Cour en vertu d'un traité particulier et l'invoquer en vertu de la clause facultative. Nonobstant, il est permis de suggérer que l'Inde abuse de sa position lorsque tantôt elle introduit une instance contre le Pakistan devant la Cour internationale de Justice pour contester en appel la compétence dont s'est prévalu le Conseil de l'OACI, et tantôt refuse d'avoir à répondre aux accusations du Pakistan devant la même Cour dans une affaire où le Pakistan porte plainte pour la destruction par l'Inde d'un aéronef non armé.

d) L'accord de Simla de 1972

13. Enfin, pour donner une nouvelle illustration encore du caractère abusif de la démarche de l'Inde, le Pakistan se réfère à l'accord de Simla ou accord entre le Gouvernement de l'Inde et le Gouvernement du Pakistan relatif aux relations bilatérales conclu à Simla en 1972. L'application de cet accord a été confirmée en 1999 dans la déclaration de Lahore, où les deux parties ont réaffirmé leur détermination d'en respecter la lettre et l'esprit. L'accord de Simla dispose expressément à l'alinéa ii) de son article 1 que «les deux pays sont résolus à régler leurs différends de façon pacifique par voie de négociations bilatérales, ou par tous autres moyens pacifiques dont ils pourront convenir...» De l'avis du Pakistan, les mots «ou par tous autres moyens pacifiques dont ils pourront convenir» visent entre autres les moyens convenus du fait de l'adhésion commune des deux pays au système de la clause facultative. Mais l'accord de Simla apporte un élément additionnel à la relation résultant de cette clause. Il a pour effet de nier toute force qui pourrait autrement s'attacher à l'invocation par l'Inde, à l'encontre du Pakistan, de sa réserve relative aux membres du Commonwealth. En effet, si l'Inde, après l'accord de Simla, était encore à même d'opposer cette réserve au Pakistan, l'engagement contracté aux termes de cet accord se trouverait vidé de son sens. Si l'Inde ne tenait aucun compte de cette disposition de l'accord de Simla, elle ferait preuve de mauvaise foi en ce qui concerne tant le respect dudit accord que la mise en œuvre de sa déclaration en vertu de la clause facultative.

De fait, il est permis d'aller un peu plus loin encore. On ne saurait simplement faire fi de la pertinence juridique de l'accord de Simla. Lorsque l'Inde signe un accord où il est dit qu'elle cherchera à régler les différends l'opposant au Pakistan par tous autres moyens convenus entre eux, on est assurément fondé à affirmer que l'Inde est empêchée par *estoppel* de dresser l'obstacle que constitue sa réserve relative aux membres du Commonwealth à l'encontre de l'Etat même avec lequel elle a conclu cet accord.

### **3. La réserve de l'Inde relative au Commonwealth ne correspond pas aux caractéristiques de notre temps**

14. Il faut maintenant, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, que je revienne sur mes pas et que je vous présente de façon plus détaillée les considérations qui rendent la réserve de l'Inde relative au Commonwealth si anormale qu'elle est inapplicable à tout différend survenant en cette année 2000.

a) Le Commonwealth en 1926

15. La réserve relative au Commonwealth est apparue pour la première fois dans les déclarations d'acceptation de la clause facultative faites en 1929 par la Grande-Bretagne et les dominions britanniques — à l'époque, l'Australie, le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud et l'Inde.

16. La position de la Grande-Bretagne et des dominions à l'époque a été décrite avec toute l'autorité voulue dans le rapport de la commission des relations interimpériales à la conférence impériale de 1926 :

«Ce sont des communautés autonomes dans le cadre de l'Empire britannique, qui ont toutes le même statut et ne sont en aucune façon subordonnées les unes aux autres pour quelque aspect que ce soit de leurs affaires intérieures ou extérieures, bien qu'elles soient unies par une allégeance commune à la couronne et librement associées en tant que membres du *British Commonwealth of Nations*.»

17. C'est sur cette base que reposait l'idée que les dominions faisaient partie d'une famille et que les relations entre ses membres n'étaient pas régies par le droit international — ce que l'on appelait la doctrine de l'*inter se*. Le regretté H. Duncan Hall, spécialiste éminent de l'histoire du Commonwealth, a décrit cette doctrine comme

suit :

«Selon cette doctrine, les membres du Commonwealth n'étaient pas des Etats étrangers les uns par rapport aux autres, les obligations internationales ne les liaient pas *inter se*, et un accord conclu entre eux n'était pas un traité international. Le fondement ultime de la doctrine était l'allégeance commune au roi.» (*A History of the British Commonwealth of Nations*, (1927), p. 662. Voir aussi R. R. Wilson, *The Commonwealth and the Law of Nations* dans *Mansergh and Others, Commercial Perspectives* (1958) p. 74-79.)

b) Les déclarations de 1929 concernant la clause facultative

18. Les implications de la doctrine de l'*inter se* ont fait l'objet de nombreuses discussions entre la Grande-Bretagne et les dominions en 1929, lorsque la question de l'acceptation de la clause facultative a été examinée. Ces discussions sont décrites comme suit dans l'histoire de Duncan Hall à laquelle je viens de faire référence.

«Sir Cecil Hurst [qui, les membres de la Cour s'en souviendront, a été le premier membre britannique de cette éminente institution], auquel un comité de juristes qui s'était réuni à Genève en mars 1929 pour examiner la question du Statut de la Cour avait demandé si la constitution de l'Empire britannique empêchait que la Cour soit saisie d'un différend entre deux de ses membres, a répondu que tel était bien le cas. L'article 14 du pacte limitait la compétence de la Cour aux différends internationaux et les relations entre les unités de l'Empire ne revêtaient pas un caractère international.» (La note de bas de page de Duncan Hall fait référence aux procès-verbaux du comité de juristes sur le Statut de la Cour permanente, 16 mars 1929, documents de la Société des Nations, C.166 M.56, 1929 V.)

19. La discussion a débouché sur la déclaration de la Grande-Bretagne du 19 septembre 1929 par laquelle elle a accepté la juridiction de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 avec la première de ce que l'on a appelé par la suite «les réserves relatives au Commonwealth», à savoir l'exclusion des «différends avec le gouvernement d'un autre membre de la Société des Nations qui est membre du *British Commonwealth of Nations*, différends qui seront tous réglés de la manière qui a été ou sera convenue par les Parties». C'est ce dernier membre de phrase qui a conduit M. Ago à faire observer dans l'affaire *Nauru* que les différends entre dominions seraient réglés par un autre tribunal. Les dominions et l'Inde ont tous assorti leur signature de termes identiques à ceux de la Grande-Bretagne. La seule exception a été l'Etat libre d'Irlande, qui n'a formulé aucune réserve.

20. Le mémorandum explicatif présenté à l'époque au parlement britannique par le secrétaire d'Etat aux affaires étrangères contenait la déclaration suivante :

«Les différends avec d'autres membres du *British Commonwealth of Nations* sont exclus parce que les membres du Commonwealth, bien que constituant individuellement des unités internationales au sens le plus plein du terme, sont unis par leur commune allégeance à la Couronne. Les différends qui les opposent doivent donc être traités en recourant à un autre mode de règlement, conformément à la disposition introduite à cet effet dans la clause d'exclusion.»

21. Il est donc tout à fait clair que la réserve, conformément à la disposition introduite à cet effet, découle du fait que les membres du Commonwealth étaient unis par une commune allégeance à la Couronne. Sinon, il n'y aurait pas eu de réserve relative au Commonwealth. Vers la fin du mémorandum, il est d'ailleurs indiqué que l'accord entre les gouvernements des dominions «concernant la question vitale de l'arbitrage international marque une nouvelle étape dans l'acceptation de principes communs pour la conduite de la politique étrangère». De même que la référence à la «commune allégeance à la Couronne», cela donne une idée des considérations qui sont à l'origine de la réserve relative au Commonwealth. Monsieur le président, nous sommes ainsi arrivés à un point qui se prête bien à une pause.

Le PRESIDENT : Merci. La séance est suspendue dix minutes

*L'audience est suspendue de 11 h 25 à 11 h 35.*

Le PRESIDENT : Please, be seated. The session is resumed. Sir Elihu, vous avez la parole.

Sir Elihu LAUTERPACHT : Merci, Monsieur le président. Je parlais avant la pause de la situation créée par les déclarations de 1929 concernant la clause facultative. Je dois maintenant aborder la question de l'évolution du Commonwealth après 1929.

### c) Evolution du Commonwealth après 1929

22. Que s'est-il produit depuis 1929 pour modifier la situation ?

23. Pour répondre brièvement à cette question, le caractère du Commonwealth a radicalement changé depuis que la réserve qui s'y rapportait a été conçue en 1929. Il se composait alors de sept Etats et il est devenu en 2000 une association qui en regroupe cinquante-quatre. L'idée que ses membres sont liés par une commune allégeance à la couronne est dépassée depuis longtemps. En fait, trente-trois d'entre eux, y compris l'Inde et le Pakistan, sont des républiques ayant leur propre chef d'Etat. En outre, cinq ont leur propre monarque national. Et il n'est absolument plus vrai qu'ils acceptent des principes communs pour la conduite de leur politique étrangère. Chacun d'eux est un Etat pleinement indépendant et un membre distinct de l'ONU, et le droit international s'applique aux rapports qu'ils établissent entre eux avec toute sa force et tout son effet. La manière dont le Commonwealth se décrit maintenant, dans ce qu'on appelle la déclaration de Fancourt de novembre 1999, est «une association de nations souveraines diverses qui ont atteint différents stades de développement et qui sont unies par des valeurs communes».

24. Comme je l'ai déjà fait observer, six membres seulement de l'actuel Commonwealth élargi ont pensé à inclure la réserve relative au Commonwealth dans leur acceptation de la clause facultative. Onze ne l'ont pas fait. Le Royaume-Uni, l'Australie et la Nouvelle-Zélande l'ont abandonnée. Les autres pays n'ont pas fait de déclaration concernant la clause facultative.

25. Mais même les six membres du Commonwealth qui ont fait figurer la réserve dans leur déclaration ont, dans d'autres instruments internationaux, accepté sans aucune réserve la juridiction internationale obligatoire. Comme l'Inde et le Pakistan, ils sont liés (à l'exception du Canada, en l'état actuel des choses) par les dispositions en matière de règlement des différends de la convention de 1982 sur le droit de la mer en vertu de laquelle, en l'absence de toute indication de préférence pour le Tribunal du droit de la mer ou pour la Cour, ils sont tenus d'accepter la juridiction obligatoire d'un tribunal arbitral. Donc, si l'avion pakistanais avait été abattu par l'Inde alors qu'il se trouvait au-dessus de la mer territoriale du Pakistan, ou même de la mer territoriale de l'Inde, une action invoquant les dispositions de la convention aurait pu être engagée par le Pakistan contre l'Inde. L'Inde a également accepté l'application du mémorandum d'accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les règles et procédures régissant le règlement des différends qui crée dans le système de l'OMC une juridiction obligatoire statuant sur des différends dont la portée est immense.

26. L'Inde et le Pakistan se sont d'ailleurs déjà rencontrés devant des tribunaux. En 1965, les deux Etats ont convenu de soumettre à un arbitrage la question de la frontière dans le Rann de Kutch. Cet arbitrage s'est prolongé jusqu'en 1968, date à laquelle il a finalement abouti à une sentence majeure rendue par application directe du droit international.

27. Comme je l'ai déjà indiqué, l'Inde a même saisi la Cour dans l'affaire de l'OACI, en vertu, il est vrai, des dispositions de la convention de l'OACI relatives à la juridiction. Mais cela n'enlève rien au fait que s'il convient à l'Inde d'introduire une instance devant la Cour, elle ne laisse pas des considérations de participation au Commonwealth limiter sa liberté d'action.

28. Dans son différend majeur avec le Pakistan au sujet du Cachemire, l'Inde n'a pas non plus soutenu que, cette question opposant des membres du Commonwealth, le différend ne relevait pas de l'application du droit international. Le professeur Fawcett, qui a commenté la doctrine de l'*inter se*, a écrit :

«On peut observer qu'aucune des deux Parties n'a fait valoir que la situation ou le différend ne constituait pas une préoccupation internationale ou que le Conseil de sécurité n'était pas compétent pour s'en occuper, ou encore que la façon dont la question a été abordée ? médiation par le président du Conseil, création d'une commission des Nations Unies et directives pour son action ? était inappropriée parce qu'il s'agissait de deux membres du Commonwealth.» (Fawcett, *op. cit.*,

29. Sir Ivor Jennings ? qu'il ne faut pas confondre avec l'ancien président de la Cour, sir Robert Jennings ? qui fut en son temps, de 1930 à 1960 environ, le spécialiste britannique le plus éminent du droit constitutionnel, concluait une lettre envoyée au journal *The Times*, le 5 mars 1957, au sujet du différend concernant le Cachemire par les mots : «Cette question aurait également pu être tranchée par la Cour internationale.» Il ne considérait évidemment pas comme inapproprié d'appliquer le droit international à un différend entre membres du Commonwealth ou d'en saisir la Cour (cité dans Wilson, «Some Questions of Legal Relations between Commonwealth Members» dans *51 American Journal of International Law*, p. 614.) Et en 1949, dois-je ajouter, l'Inde n'était pas hostile en principe à la proposition selon laquelle il convenait de saisir la Cour de la question du traitement par l'Afrique du Sud, autre membre du Commonwealth à l'époque, des Indiens vivant dans ce pays.

30. Nous avons donc là des indications claires du fait que l'Inde n'était pas seulement disposée, dans certains cas comme ceux du Rann de Kutch et de l'OACI, à porter un litige avec le Pakistan devant un tribunal international. Nous avons aussi des indications du fait que l'Inde accepte la juridiction obligatoire prévue par la convention sur le droit de la mer et les procédures de règlement des différends de l'OMC. Nous avons des indications du fait que l'Inde admet manifestement que le droit international est applicable dans ses relations avec d'autres pays du Commonwealth. Et, enfin, permettez-moi de faire référence à deux auteurs représentatifs qui ont commenté les réserves relatives au Commonwealth : un Britannique et un Canadien. Le Britannique est le professeur Merrills qui s'est exprimé dans le *British Year Book of International Law* de 1993 au sujet de l'évolution intervenue en ce qui concerne la clause facultative. Je me bornerai à lire quelques extraits de ce qu'il a écrit :

«Toutefois, le Commonwealth s'était élargi au cours de deux décennies suivantes [c'est-à-dire les deux décennies qui ont suivi 1930] et la justification de la réserve [c'est-à-dire la réserve relative au Commonwealth] étant de plus en plus contestée, la situation a changé.» (P. 87.)

Il fait ensuite référence aux diverses modifications de la réserve relative au Commonwealth et poursuit plus loin :

«On peut trouver jusqu'à un certain point justifié le maintien par le Royaume-Uni d'une réserve qui, même sous sa forme modifiée, évite que des différends datant du temps de l'Empire soient soumis à des tribunaux. Mais en ce qui concerne les autres Etats du Commonwealth, il faut reconnaître que cette réserve a perdu son utilité. Il n'est plus question de soumettre les différends entre pays du Commonwealth à un tribunal propre à celui-ci comme cela avait été suggéré, et il ne subsiste par ailleurs aucune relation spéciale susceptible de justifier que ces différends soient considérés comme n'ayant pas le même caractère que ceux qui opposent des Etats faisant partie du Commonwealth à des Etats n'en faisant pas partie.»

Et il écrit un peu plus loin, au sujet de l'affaire *Nauru* :

«Cette procédure, qui n'aurait pas été possible il y a vingt ans, montre bien que la portée de la réserve relative au Commonwealth s'est réduite. Maintenant que la raison d'être de cette réserve a disparu, sa portée risque fort de diminuer encore à l'avenir.»

Et je formule respectueusement le même espoir.

J'en viens à un article d'un éminent spécialiste canadien du droit international, le professeur Ronald McDonald, qui a été publié dans l'édition de 1970 du *Canadian Yearbook of International Law* sous le titre «La nouvelle déclaration canadienne d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ». A la page 31, il signale deux motifs pour la déclaration relative au Commonwealth : «En premier lieu, les pays du Commonwealth, unis par leur commune allégeance à la Couronne, hésitaient à saisir un tribunal extérieur de leurs différends.» Et il poursuit en énonçant le second motif : «on s'attendait à ce qu'un tribunal du Commonwealth, peut-être inspiré du *Judicial Committee* ou du *Privy Council*, soit créé pour régler les différends entre ses membres». Puis il continue : «aucun de ces motifs ne semble suffisant pour justifier le maintien de la réserve à l'époque actuelle» — et notez-bien qu'il s'agit là d'un professeur canadien qui critique et désapprouve le maintien par le Canada de la réserve relative au Commonwealth — «aucun de ces motifs ne semble suffisant pour justifier le maintien

de la réserve à l'époque actuelle. Depuis la deuxième guerre mondiale, un empire multiracial s'est transformé en un Commonwealth multinational dont les membres indépendants, souvent plus étroitement associés à des Etats qui ne font pas partie du Commonwealth qu'à des Etats qui en font partie, ne sont pas disposés à accepter des allégeances liées à un passé colonial. Aucun tribunal n'a été créé pour régler les différends *inter se* et la création d'un tel mécanisme n'est pas sérieusement envisagée.» Et de poursuivre : «La réserve, qui exclut les différends entre Etats du Commonwealth, produit donc des résultats contraires à l'intention qui l'avait initialement inspirée». Des moyens de règlement judiciaire s'offrent plus facilement à des Etats étrangers qu'aux membres du Commonwealth. Il s'ensuit que cette réserve particulière datant d'une autre époque devrait être retirée par une nouvelle déclaration canadienne. Les relations entre pays du Commonwealth peuvent probablement être renforcées, au lieu d'être affaiblies, en accroissant plutôt qu'en diminuant le nombre des différends internationaux soumis à la Cour.

31. Ainsi, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, vous voyez que l'exclusion par l'Inde des différends entre membres du Commonwealth comporte plusieurs failles importantes :

1. La réserve est un héritage de l'époque impériale où les différends entre les dominions britanniques étaient considérés comme ne relevant pas du droit international. Il n'en va évidemment plus de même aujourd'hui.
2. Elle est propre à une époque où les dominions étaient unis par une commune allégeance à la couronne, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui.
3. Elle représente le souhait du Gouvernement britannique de l'époque que les dominions adhèrent à des principes communs de politique étrangère. Ils n'adhèrent pas aujourd'hui à de tels principes.
4. Elle ne correspond pas à une position générale de l'Inde vis-à-vis du Pakistan. L'Inde a accepté que le droit international s'applique aux relations indo-pakistanaïses. L'Inde a accepté le recours à des tribunaux internationaux pour résoudre des différends entre elle-même et le Pakistan : Rann de Kutch, affaire de l'OACI, et les dispositions, qui engagent l'avenir, de l'accord instituant l'OMC et de la convention sur le droit de la mer.
5. Même dans le cadre limité de ce régime de clause facultative, le rôle de la réserve relative au Commonwealth est très arbitraire. En pratique, le Pakistan est le seul Etat contre lequel il peut s'appliquer et auquel on cherche incontestablement à l'appliquer. Compte tenu de l'étendue des autres réserves de l'Inde, il ne resterait en tout état de cause qu'un éventail très restreint de questions pour lesquelles la juridiction de la Cour pourrait être exclue.
6. Par conséquent, la réserve ne se fonde sur aucun principe et ne correspond pas aux caractéristiques de notre temps. De plus, si malgré toutes ces lacunes, elle devait être considérée comme encore en vigueur, l'invoquer dans de telles circonstances constitue un abus du droit ou des procédures de la Cour.
7. La Cour est priée de valider et d'approuver une réserve dont l'application est artificielle et abusive.

#### 1. Séparabilité de la réserve relative au Commonwealth

32. J'en viens ainsi maintenant, Monsieur le président, à la question de savoir si la réserve relative au Commonwealth peut être séparée de la déclaration dont elle fait partie ? de manière que le reste de la déclaration puisse fournir un fondement valable à la compétence de la Cour. Mais, à vrai dire, une question préalable se pose : faut-il même examiner la question de la séparabilité ? La Cour se souviendra que la séparabilité a fait l'objet d'une longue analyse dans l'opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht relative à l'affaire des *Emprunts norvégiens*. Il a estimé que la réserve automatique de la France était entachée de nullité parce qu'elle était incompatible avec le paragraphe 6 de l'article 36 du Statut. Elle formait, a-t-il conclu, un élément si essentiel de la déclaration française qu'elle ne pouvait être séparée de celle-ci. A son avis, donc, la réserve était nulle, la déclaration l'était aussi et la Cour était pour ce motif incompétente.

33. Toutefois, l'analyse de la séparabilité faite par sir Hersch avait pour base la *nullité* de la réserve

automatique ? autrement dit, celle-ci devait être traitée comme juridiquement non avenue. Mais le Pakistan ne dit pas en l'espèce que la déclaration de l'Inde relative au Commonwealth est juridiquement non avenue, mais seulement qu'elle n'est *pas opposable* au Pakistan. Si une instance avait été introduite contre l'Inde par un pays du Commonwealth qui avait aussi une réserve relative au Commonwealth, la Cour ? comme l'a expliqué l'*Attorney General* ? pourrait traiter la réserve comme produisant ses effets entre ce pays et l'Inde. C'est seulement lorsque l'Etat requérant n'a pas accepté que la réserve extra-statutaire produise son effet entre lui-même et le défendeur que la Cour peut la traiter comme non opposable au requérant.

34. Telle est la situation dans laquelle nous nous trouvons ici. La réserve indienne existe. Simplement, elle est inapplicable entre l'Inde et le Pakistan. Il n'y a donc aucune raison d'examiner si le reste de la déclaration indienne conserve sa validité parce qu'il n'y a aucun élément entaché de nullité susceptible d'infecter toute la déclaration. C'est seulement une partie de la déclaration principale - la réserve relative au Commonwealth - qui, entre l'Inde et le Pakistan, ne saurait s'appliquer.

35. C'est mon premier point sur la question de la séparabilité. C'est une question qui ne se pose pas. Mais si cette première thèse du Pakistan était erronée, il fait valoir à titre subsidiaire que la séparation est possible et légitime.

36. En abordant cette question, il convient de prendre comme point de départ l'observation de la Cour dans l'affaire du *Nicaragua* où elle a dit que l'acceptation de sa juridiction obligatoire est «régie à bien des égards par les principes du droit des traités» (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 421).

#### i) *Séparabilité en droit des traités*

37. Le concept de séparabilité est tout à fait admis en droit des traités. Ce point est précisé à l'article 54 de la convention de Vienne sur le droit des traités. Cet article, tout en énonçant une règle de base selon laquelle un motif de dénoncer un traité ne peut être invoqué qu'à l'égard de l'ensemble du traité, reconnaît que si cette cause ne vise que certaines clauses déterminées, elle ne peut être invoquée qu'à l'égard de ces seules clauses lorsque :

«a) ces clauses sont séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution;

b) il ressort du traité ou il est par ailleurs établi que l'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement à être liée par le traité dans son ensemble; et

c) il n'est pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité».

38. Cette disposition peut s'appliquer comme je vais l'indiquer, Monsieur le président, à la question dont la Cour est saisie. En ce qui concerne l'alinéa a), il est évident que la réserve relative aux différends entre pays du Commonwealth est séparable du reste de la déclaration indienne en ce qui concerne son exécution. Le reste de la déclaration peut certainement demeurer valable sans cette réserve.

39. En ce qui concerne l'alinéa b) ? le point de savoir si la présence de la réserve est une base essentielle de la déclaration de l'Inde ? il faudrait une imagination absolument prodigieuse pour avancer que l'Inde n'était disposée à faire sa déclaration que parce qu'elle contenait la réserve concernant les différends entre pays du Commonwealth qui était applicable au Pakistan. Si le Royaume-Uni et onze autres pays du Commonwealth considèrent cette réserve comme sans raison d'être étant donné la situation actuelle, quel motif aurait l'Inde et, à vrai dire, six autres pays du Commonwealth de considérer la réserve comme essentielle ? La seule explication plausible du maintien de cette réserve anormale est qu'elle reprenait un vieux thème du Commonwealth, manifestant ainsi plus de respect que de réflexion.

40. En ce qui concerne l'alinéa c), selon lequel il ne doit pas être injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste de la déclaration, il faut se demander en quoi il y aurait un élément d'injustice à exiger de l'Inde qu'elle respecte son engagement fondamental d'accepter la juridiction de la Cour pour trancher des questions de droit international, ainsi que l'engagement qu'elle a pris devant une cour similaire, et répété dans la déclaration de Lahore, de régler les différends par des moyens pacifiques ?

ii) *Réfutation des vues de l'Inde sur la séparabilité*

41. L'Inde a rejeté l'idée de séparabilité, d'abord, en raison d'un *dictum* de la Cour dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* qui a récemment opposé l'Espagne au Canada :

«Tous les éléments d'une déclaration faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, qui, pris ensemble, comportent l'acceptation de la compétence de la Cour par l'Etat auteur de la déclaration, doivent être interprétés comme formant un tout.» (*Compétence, C.I.J. Recueil 1998*, par. 44; exceptions préliminaires de l'Inde, par. 67.)

42. Le Pakistan estime que rien, dans la phrase qui vient d'être citée, n'indique qu'une réserve anachronique, inapplicable, abusive ou entachée de nullité, ne peut pas être dissociée d'une déclaration dont elle fait partie. Tout ce que la Cour semble avoir dit dans ce paragraphe, c'est que tous les éléments d'une déclaration, aussi bien restrictifs ou limitatifs, que positifs, doivent être lus comme formant un tout. Il n'y a là aucune contradiction. La Cour ne dit pas qu'ils doivent être lus comme formant un tout et sont inséparables, mais seulement qu'il faut les considérer comme un tout lorsqu'on interprète leur effet global.

43. L'Inde se fonde ensuite sur l'opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht dans l'affaire des *Emprunts norvégiens* que j'ai déjà évoquée (contre-mémoire de l'Inde, par. 68). L'Inde craint peut-être à ce sujet d'avoir donné une image assez inexacte de ce qu'a dit sir Hersch.

44. Voici ce qu'elle lui fait dire :

«Tout en se disant d'avis qu'une certaine réserve formulée par l'une des parties était frappée de nullité, celui-ci avait appelé l'attention sur l'impossibilité de séparer une telle réserve du reste de la déclaration en vue de préserver la compétence de la Cour. Il notait que l'Etat déclarant avait considéré la réserve contestée comme l'une des limitations essentielles ? peut-être la limitation essentielle ? de l'engagement contracté par l'acceptation de la clause facultative de l'article 36 du Statut. Dès lors, faisait-il observer, «ignorer cette clause et maintenir la force obligatoire de la déclaration dans son ensemble serait ignorer une condition essentielle et délibérée de l'acceptation dans son ensemble.»

Le contre-mémoire de l'Inde fait référence aux pages 57 et 58 de l'opinion.

45. Le passage de l'opinion de sir Hersch Lauterpacht, qui a été résumé par l'Inde de façon trompeuse, est trop long pour que je puisse maintenant en donner lecture à la Cour. Mais si celle-ci le permet, je le ferai figurer en note de bas de page à l'appui de mon propos pour qu'il puisse apparaître donc dans le compte rendu<sup>1</sup>.

[1 Voici ce qu'a réellement dit sir Hersch Lauterpacht :

«Je considère cependant qu'il n'est pas permis à la Cour, dans le cas actuel, de séparer la condition nulle de l'acceptation dans son ensemble. Car le principe de séparation s'applique uniquement aux dispositions et conditions qui ne sont pas de l'essence de l'engagement. Or l'examen de l'histoire de cette forme particulière de réserve de la juridiction nationale montre que le droit de décider unilatéralement si le différend relève essentiellement de la compétence nationale a été considéré par le pays déclarant comme l'une des limitations essentielles -- peut-être la limitation essentielle -- de l'engagement contracté par l'acceptation de la disposition facultative de l'article 36 du Statut. Comme on le sait, cette limite particulière est au fond une répétition de la formule adoptée après de longues discussions par le sénat des Etats-Unis d'Amérique quand il a donné son consentement et son avis à l'acceptation en 1946 par ce pays de la disposition facultative. La Cour n'étant pas saisie de cet instrument, je ne puis le commenter, si ce n'est pour noter que la réserve en question a été incluse eu égard à l'importance décisive qu'on y a attaché, et nonobstant les doutes exprimés de divers côtés sur sa compatibilité avec le Statut. On notera également que certains gouvernements, comme ceux de l'Inde et de l'Union sud-africaine, ont attribué tant d'importance à cette forme particulière de la réserve qu'ils ont annulé leur acceptation antérieure de la disposition facultative pour insérer, dans une nouvelle déclaration

d'acceptation, une clause leur réservant le droit de décision unilatérale. Ignorer cette clause et maintenir la force obligatoire de la déclaration dans son ensemble serait ignorer une condition essentielle et délibérée de l'acceptation.

Au point de vue du gouvernement intéressé, il y avait des raisons graves pour attacher importance à l'énoncé de cette réserve particulière, étant donné le désir de libeller son acceptation de la disposition facultative et des réserves s'y rapportant de manière à préserver l'entière liberté de décision nationale en matière de soumission à la Cour des différends à venir. Dans un passage significatif cité au paragraphe 25 des exceptions préliminaires de la Norvège, le rapporteur de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale a dit, à propos de la réserve en question : «La souveraineté française n'est pas mise en cause et tous ses droits sont sauvegardés dans tous les domaines et pour toutes les circonstances.» En fait, comme je l'ai suggéré dans une autre partie de cette opinion, il est peu de différends qui ne puissent, sans donner lieu à une imputation irréfutable de mauvaise foi, être ramenés dans le domaine de l'affirmation qu'ils touchent à une affaire qui relève essentiellement de la compétence nationale de l'Etat intéressé. De même, comme je l'ai déjà signalé, il n'y a pas grande force persuasive dans l'opinion d'après laquelle la libre décision de l'Etat intéressé est effectivement limitée pour la raison qu'elle doit s'exercer de bonne foi, et que la Cour en est juge. La Cour est donc en face du fait décisif que le gouvernement en question n'était pas préparé à souscrire ou à renouveler son engagement de règlement judiciaire obligatoire, à moins de sauvegarder sa liberté d'action par ce moyen particulier. L'énoncé particulier de la réserve est une condition essentielle de l'acceptation dans son ensemble. Il ne peut en être séparé. La phrase «telle qu'elle est entendue par le Gouvernement de la République française» doit être considérée comme de l'essence même de l'engagement en question. Ce n'est pas une condition subsidiaire qu'on peut séparer, ignorer et laisser de côté, alors que toutes les autres reçoivent effet. L'acceptation subsiste ou tombe avec cette réserve particulière et avec cet énoncé particulier de la réserve. Sans ces mots, le gouvernement qui a fait cette réserve n'eût pas été disposé à accepter les engagements de la compétence obligatoire de la Cour.»]

46. Ainsi, à l'opposé de la conclusion que l'Inde invite la Cour à tirer de l'opinion de sir Hersch, celui-ci n'a en aucune façon appelé l'attention sur «l'impossibilité de séparer une telle réserve du reste de la déclaration». Il était au contraire parti de l'idée que, dans certaines circonstances, une réserve pouvait être dissociée de la déclaration dont elle faisait partie. Toutefois, après examen de cette déclaration déterminée et, je souligne ce point, des vues exprimées par le Gouvernement français dans cette déclaration, il concluait que la Cour était «en face du fait décisif que le gouvernement en question n'était pas préparé à souscrire ou à renouveler son engagement de règlement judiciaire obligatoire, à moins de sauvegarder sa liberté d'action par ce moyen particulier» (*ibid.*, p. 58).

47. A ce point de mon exposé, je me permets d'appeler l'attention de la Cour sur une caractéristique marquante de l'argumentation de l'Inde. Celle-ci a évidemment étudié les pages de l'opinion de sir Hersch d'où elle a tiré ses citations. Cela aurait dû lui montrer que sir Hersch analysait en détail les «raisons graves», suivant ses propres termes, pour lesquelles la France avait formulé sa réserve ainsi qu'elle l'avait fait. Il s'est d'ailleurs référé, en particulier, à un passage «significatif» du rapport de la commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale française.

48. Ce ne saurait être par inadvertance que l'Inde, dans son contre-mémoire, ne cherche pas à fournir une preuve comparable -- ni d'ailleurs aucune preuve -- pour faire valoir que la réserve relative au Commonwealth a pour elle une signification du même ordre. La conclusion qu'on est bien forcé de tirer du silence de l'Inde sur ce point, c'est qu'elle n'a aucune preuve à apporter à ce sujet. Et, à vrai dire, on peut se demander comment elle a pu prétendre que la résolution était d'une importance capitale pour sa déclaration, quand, au fil des années, la place qu'occupait la réserve dans l'ensemble de cette déclaration n'a cessé de se réduire.

49. Le point de vue exprimé par M. l'ambassadeur Rosenne est rendu par l'Inde de façon tout aussi incomplète. Elle n'a pas fait figurer dans sa citation l'importante première phrase : «La question de la séparabilité n'a pas été tranchée», donnant ainsi à penser que les extraits cités de l'ouvrage de M. Rosenne sont fondés sur une décision de la Cour. Ce n'est assurément pas le cas, et bien que les opinions du professeur Rosenne méritent le

respect que l'on doit à un auteur de premier plan, sur ce point précis -- dont il ne faisait d'ailleurs qu'une note de bas de page -- le Pakistan, avec tout le respect qui lui est dû, préfère l'opinion de sir Hersch Lauterpacht.

#### 4. Réserve relative aux traités multilatéraux

50. Je passe maintenant M. le président, à la seconde réserve, celle relative aux traités multilatéraux. Dans sa déclaration, l'Inde y voit l'exclusion : «des différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'un traité multilatéral à moins que toutes les parties au traité ne soient également parties à l'affaire dont la Cour est saisie...» Ce point peut être traité assez brièvement.

51. L'Inde se fonde pour invoquer cette réserve sur le fait que le Pakistan a allégué une violation de la Charte des Nations Unies comme contribuant à expliquer pourquoi la conduite de l'Inde a porté atteinte aux droits du Pakistan. Ainsi que la Cour l'aura observé, les faits sur lesquels s'appuyait à cet égard le Pakistan étaient, comme il l'a indiqué dans sa requête, «l'emploi flagrant de la force par l'Inde contre un avion pakistanais non armé dans l'espace aérien pakistanais, en l'absence de toute provocation».

52. Le Pakistan rappelle qu'il voit dans les mêmes faits invoqués par lui à cet égard des violations du droit international coutumier. Il n'est en effet pas douteux que les faits constituant l'incident représentent une violation de la souveraineté pakistanaise, une atteinte à son territoire et à son espace aérien, un préjudice pour ses ressortissants et la destruction de biens de l'Etat pakistanais -- ce qui met en jeu la responsabilité de l'Inde en vertu du droit international coutumier et lui impose le paiement de dommages. Le montant réclamé s'élève à 60 millions de dollars des Etats-Unis (voir la lettre du 30 août 1999 adressée à l'Inde par le Pakistan; mémoire du Pakistan sur la compétence, annexe C).

53. En conséquence, même si l'Inde était en droit de se fonder en principe sur la réserve relative aux «traités multilatéraux» en ce qui concerne les demandes reposant sur la Charte des Nations Unies, elle n'y gagnerait rien. Le Pakistan pourrait se fonder sur le seul droit international coutumier -- et ne demande pas mieux que de le faire.

54. Mais cela dit, le Pakistan n'abandonne pas la thèse suivant laquelle on peut se référer légitimement à la Charte des Nations Unies, et tout particulièrement au paragraphe 2 de l'article 4, en y voyant une confirmation et une cristallisation des règles générales du droit international coutumier sur les questions de fond soulevées par les éléments factuels de la présente affaire. Le Pakistan rappelle en général à cet égard le passage ci-après de l'arrêt rendu par la Cour en 1984 dans l'affaire du *Nicaragua*. La Cour, étudiant l'effet d'une réserve comparable figurant dans la déclaration des Etats-Unis, y a dit :

«On notera tout d'abord tout d'abord que la réserve relative aux traités multilatéraux ne saurait empêcher la Cour de statuer sur toutes les demandes du Nicaragua puisque celui-ci, dans sa requête, ne limite pas ses griefs aux seules violations des quatre conventions multilatérales susmentionnées (par. 68). Au contraire, il invoque un certain nombre de principes du droit international général et coutumier qui, d'après la requête, auraient été violés par les Etats-Unis. La Cour ne peut rejeter les demandes nicaraguayennes fondées sur les principes du droit international général et coutumier au seul motif que ces principes sont repris dans les textes des conventions invoquées par le Nicaragua. Le fait que les principes susmentionnés, et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principe de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions. Des principes comme ceux du non-recours à la force, de la non-intervention, du respect de l'indépendance et de l'intégrité territoriale des Etats et de la liberté de navigation conservent un caractère obligatoire en tant qu'éléments du droit international coutumier, bien que les dispositions du droit conventionnel auxquelles ils ont été incorporés soient applicables. Il s'ensuit que, puisque la Cour n'est pas uniquement saisie en l'espèce de la violation des dispositions des conventions multilatérales invoquées, la réserve relative aux traités multilatéraux insérée dans la déclaration des Etats-Unis de 1946 ne permettrait pas, de toute façon, de rejeter la demande.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, *Compétence et recevabilité, arrêt*, (C.I.J. Recueil 1984, p. 424-425, par. 73.)

55. Il n'y a vraiment rien à ajouter sur ce point.

### **L'Acte général**

56. Nous arrivons maintenant, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, à la seconde grande partie de l'argumentation du Pakistan. La première partie traite de la mise en œuvre de la clause facultative. Dans cette seconde partie, nous chercherons à étayer notre thèse selon laquelle la Cour a compétence en vertu de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends de 1928.

57. S. Exc. l'*Attorney General* a déjà indiqué les quatre questions par rapport auxquelles il convenait d'examiner l'application de l'Acte général. La première de ces questions était celle de savoir quel était le statut juridique de l'Acte général en 1947, date à laquelle l'Inde et le Pakistan se sont séparés. Pour cette question, Monsieur le président, je voudrais vous demander de bien vouloir donner la parole à M. Kemicha qui poursuivra l'exposé de notre argumentation. Ensuite, avec votre permission, j'aimerais réintervenir une fois qu'il aura traité cet aspect de la question. Merci, Monsieur le président.

Le PRESIDENT : Merci infiniment, sir Elihu. I now give the floor to Mr. Fathi Kemicha.

MR. KEMICHA: Mr. President,

Members of the Court,

1. I have the honour and the privilege of appearing before this distinguished Court for the first time.

My task is to set out to you the Islamic Republic of Pakistan's position, namely that your Court has jurisdiction, pursuant to the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes of 26 September 1928, as revised by the General Assembly of the United Nations in 1949, to deal with the dispute brought before it.

2. I should like, with the Court's permission, to devote the time I have been allotted to examining the first of the four questions that have been set out in His Excellency Mr. Munshi's introductory statement, namely what was the legal status of the General Act in 1947, when India and Pakistan declared their independence.

#### **A. The legal status of the General Act in 1947**

3. India is endeavouring to demonstrate that the General Act of 1928 was an integral part of the League of Nations system. It argues that the dissolution of the League, and of its constituent organs, therefore led to the Act being extinguished or lapsing.

This argument is contained in the letter sent by India to the Secretary-General of the United Nations and received by him on 18 September 1974 (see Preliminary Objections, p. 7, para. 3(1) and Annex B, p. 6).

4. It is in fact impossible at this stage of the proceedings, merely by reading India's Counter-Memorial, to know whether India's position today is that the General Act of 1928 ceased to be in force upon the disappearance of the League of Nations or whether India is seeking rather to demonstrate that it ceased to be party to the Act upon the date of its independence. This second hypothesis will, with your permission, be examined in due course by Sir Elihu Lauterpacht.

5. If India, however, were to continue to take the view that the General Act had ceased to be in force as from 1946, this position would become inconsistent: first, with the opinions expressed by Judge Basdevant in the *Norwegian Loans* case and by Judges Onyeama, Jiménez de Aréchaga, Dillard and Sir Humphrey Waldock in the *Nuclear Tests* case, to which I shall be referring in a few minutes; and, it would also be inconsistent with the "practice" of States such as France and the United Kingdom, which formally denounced the General Act much later than 1946.

6. Furthermore, it may readily be noted that India's decision to take the view that the General Act had been extinguished with the disappearance of the League of Nations curiously coincided with its objections to the Court's jurisdiction in the *Pakistani Prisoners of War* case in 1973.

India had then denounced the "*impairment of the efficacy*" of the General Act of 1928, while at the same time acknowledging, moreover, that this Act, although "*inefficacious and deadwood*", might perhaps serve some purpose, but only by mutual agreement between the parties.

The Court will no doubt still recall the discussions raised by the question of whether the General Act had survived the disappearance of the League of Nations.

7. Pakistan today contends that the Act has remained in force.

Is it necessary to point out that this honourable Court has had occasion to examine this matter three times:

- in 1957, on the occasion of the case of *Certain Norwegian Loans (France v. Norway)* (*I.C.J. Reports 1957*, p. 25);
- in 1974, on the occasion of the *Nuclear Tests* cases (*Australia v. France and New Zealand v. France*) (*I.C.J. Reports 1974*, p. 272);
- and finally, in 1978, on the occasion of the *Aegean Sea Continental Shelf* case (*Greece v. Turkey*) (*I.C.J. Reports 1978*, p. 3).

8. In the case of *Certain Norwegian Loans*, the General Act was invoked by France but not in sufficiently explicit terms to justify the Court basing its jurisdiction on that Act (*I.C.J. Reports 1957*, p. 25).

In his dissenting opinion, Judge Basdevant, however, considered that:

"In the matter of compulsory jurisdiction, France and Norway are not bound only by the Declarations to which they subscribed on the basis of Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court. They are bound also by the General Act of September 26th, 1928, to which they have both acceded. This Act is, so far as they are concerned, one of those 'treaties and conventions in force' which establish the jurisdiction of the Court and which are referred to in Article 36, paragraph I, of the Statute. For the purposes of the application of this Act, Article 37 of the Statute has substituted the International Court of Justice for the Permanent Court of International Justice. This Act was mentioned in the Observations of the French Government and was subsequently invoked explicitly at the hearing of May 14th by the Agent of that Government. It was mentioned, at the hearing of May 21st, by Counsel for the Norwegian Government. At no time has any doubt been raised as to the fact that this Act is binding as between France and Norway.

There is no reason to think that this General Act should not receive the attention of the Court. At no time did it appear that the French Government had abandoned its right to rely on it. Even if it had maintained silence with regard to it, the Court 'whose function it is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it' could not ignore it." (*I.C.J. Reports 1957*, p. 74).

9. In the *Nuclear Tests* case the General Act had this time been invoked by Australia and New Zealand, and its application rejected by France, on the grounds that it had fallen into "desuetude".

In the Order concerning Interim Protection dated 22 June 1973, the Court considered that the "material submitted . . . leads it to the conclusion . . . that the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded" (*I.C.J. Reports 1973*, p. 102, para. 17).

The Court had then found, in its Judgment of 20 December 1974, that because of the unilateral declarations made by France, "the claim . . . no longer has any object and . . . the Court is . . . not called upon to give a decision thereon".

10. In the *Aegean Sea Continental Shelf* case, the Greek Government had invoked Article 17 of the General Act of 1928. Turkey, however, had taken the position that, whether or not the General Act was assumed to be still

in force, Greece's instrument of accession dated 17 September 1931 contained a reservation (*b*) which excluded the Court's competence (para. 39).

The Court came to the conclusion "that the present dispute is one which 'relat[es] to the territorial status of Greece' within the meaning of reservation (*b*)" and "that Turkey's invocation of [that] reservation . . . has the effect of excluding the present dispute from the application of Article 17 of the Act" (*I.C.J. Reports 1978*, p. 37, para. 90).

11. Thus it would appear that, in the three cases referred to above, the Court did not consider that it had to settle the matter of whether the General Act still remained in force.

The debate therefore remains open.

Mr. President, Members of the Court,

12. Pakistan would like, with your permission, to put forward in support of its argument, in addition to the opinion already referred to of Judge Basdevant, the opinion expressed with authority and jointly formulated by Judges Onyeama, Jiménez de Aréchaga, Dillard and Sir Humphrey Waldock in the *Nuclear Tests* case.

It will not escape the Court's attention that these four eminent judges deviated from the majority view solely because, according to that view, France's statements during the proceedings had rendered the case moot.

Pakistan espouses the reasoning of the four judges, as developed in paragraphs 36 to 47 of their opinion, and would respectfully refer the Court to that opinion.

13. For the time being, however, I beg the Court's permission to cite large extracts from that opinion, which I propose to group under five headings:

- first, the General Act of 1928 is independent and essentially autonomous of the League of Nations system;
- secondly, the dissolution of the organs of the League of Nations does not constitute a cause of extinction of the General Act;
- thirdly, the disappearance of certain provisions of the General Act, or in certain cases the impairment of their efficacy, has not, however, affected its application;
- fourthly, the revision of the General Act did not terminate the initial treaty; and, lastly,
- the General Act has not fallen into desuetude.

Each of these ideas will refer to extracts from the opinion that will be clearly identified in the written text of my oral pleading, with the original paragraph references being given. I feel that this approach will be helpful in understanding the argument and I crave the indulgence of the Court if it should prove a trifle wearisome.

### **The General Act of 1928 is independent and essentially autonomous of the League of Nations system**

**This autonomy and independence are, firstly, organic.**

14.

"The fact that the text of the General Act of 1928 was drawn up and adopted within the League of Nations does not make it a treaty of that Organization; for even a treaty adopted within an organization remains the treaty of its parties. Furthermore, the records of the League of Nations Assembly show that it was deliberately decided not to make the General Act an integral part of the League of Nations structure" (*I.C.J. Reports 19*, p. 329, para. 36).

**The autonomy and independence are also ideological.**

15.

"Nor do we find any more convincing the suggested 'ideological integration' of the General Act in the League of Nations system: i.e., the thesis of its inseparable connection with the League's trilogy of collective security, disarmament and pacific settlement . . . the suggestion that the General Act was so far intertwined with the League of Nations system of collective security and disarmament as necessarily to have vanished with that system cannot be accepted as having any solid basis . . . (*Ibid.*, p. 330, para. 38.)

It would signify the extinction of numerous other treaties of pacific settlement belonging to the same period and having precisely the same ideological approach as the General Act of 1928. Yet these treaties are unquestionably considered as having remained in force despite the dissolution of the League of Nations in 1946." (*Ibid.*, p. 330, para. 39.)

16.

"The General Act of 1928 was, however, a creation of the League of Nations era, and the machinery of pacific settlement which it established almost inevitably exhibited some marks of the origin . . . The question has therefore to be considered whether these various links with the Permanent Court and with the Council of the League of Nations and its Secretariat are of such a character that the dissolution of these organs in 1946 had the necessary result of rendering the General Act of 1928 unworkable and virtually a dead letter" (*ibid.*, p. 331, para. 40).

**The dissolution of the organs of the League of Nations does not constitute a cause of extinction of the General Act**

17.

"The dissolution of the Permanent Court in 1946 was in itself wholly insufficient to bring about the termination of the Act. Unless some other 'cause of extinction' is shown to prevent the Act from being considered as 'a treaty or convention in force' at the date of the dissolution of the Permanent Court, Article 37 of the Statute automatically has the effect of substituting this Court for the Permanent court as the tribunal designated in Article 17 of the General Act for the judicial settlement of disputes. And Article 37, in our opinion, also has the effect of automatically substituting this Court for the Permanent Court in Articles 33, 36, 37 and 41 of the General Act." (*Ibid.*, pp. 332-333, para. 42.)

18.

"In September 1945 the League drew up a *List of Conventions with Indication of the Relevant Articles Conferring Powers on the Organs of the League of Nations*, the purpose of which was to facilitate consideration of the transfer of League functions to the United Nations in certain fields. In this list appeared the General Act of 1928, and there can be no doubt that when resolutions of the two Assemblies provided in 1946 for the transfer of the depository functions of the League Secretariat to the United Nations Secretariat, the 1928 Act was understood as, in principle, included in those resolutions." (*Ibid.*, p. 333, para. 43.)

19.

"On the demise of the League of Nations in 1946, the depository functions entrusted to the Secretary-General and Secretariat of the League of Nations by Article 43 to 47 of

the 1928 Act were automatically transferred to the Secretary-General and the Secretariat of the United Nations. It follows that the demise of the League of Nations could not possibly constitute 'a cause of extinction' of the General Act by reason of the references to the League Secretariat in those Articles." (*Ibid.*, p. 333, para. 44.)

**The disappearance of certain provisions of the General Act, or in certain cases the impairment of their efficacy, has not however affected its application.**

20.

"In both conciliation and arbitration the provisions involving League organs concerned machinery of a merely alternative or ancillary character, the disappearance of which could not be said to render the 1928 Act as a whole unworkable or impossible of performance. Nor could their disappearance be considered such a fundamental change of circumstances as might afford a ground for terminating or withdrawing from the treaty (cf. Art. 62 of the Vienna Convention on the Law of Treaties). Moreover, none of these provisions touched, still less impaired, the procedure for judicial settlement laid down in Article 17 of the 1928 Act." (*Ibid.*, p. 334, para. 45.)

21.

"Another provision the efficacy of which was impaired by the dissolution of the League was Article 43, under which the power to open accession to the General Act to additional States was given to the Council of the League. The disappearance of the Council put an end to this method of widening the operation of the 1928 Act and prejudiced, in consequence, the achievement of a universal system of pacific settlement founded on the Act. It did not, however, impair in any way the operation of the Act as between its parties." (*Ibid.*, p. 334, para. 46.)

In conclusion, the authors of the dissenting opinion believe that:

"Analysis of the relevant provisions of the General Act of 1928 thus suffices, by itself, to show that neither the dissolution of 1946 of the Permanent Court of International Justice nor that or the several organs of the League of Nations can be considered as 'a cause of extinction' of the Act." (*Ibid.*, p. 334, para. 47.)

**The "revision" of the General Act and the application whereby that revision did not terminate the initial treaty**

22.

"In the case of the 1928 Act, the French Government maintains that the so-called revision of the General Act undertaken by the General Assembly in 1948 implies that the demise of the League was recognized as having rendered it impossible for the 1928 Act to continue to function normally. This interpretation of the proceedings of the General Assembly and the Interim Committee regarding the 'revision' of the Act does not seem to us sustainable." (*Ibid.*, p. 335, para. 48.)

23.

"The records of the debates contain a number of statements by individual delegations indicating that the 1928 Act was then understood by them to be in force; and those statements did not meet with contradiction from any quarter." (*Ibid.*, p. 336, para. 49.)

24.

"Equally, the mere fact that the General Assembly drew up and opened for accession a new Revised General Act could not have the effect of putting an end to, or

undermining the validity of, the 1928 Act. . . . It is therefore evident that the General Assembly neither intended that the Revised General Act should put an end to its predecessor, the 1928 Act, nor understood that this would be the result of the adoption of the Revised Act." (*Ibid.*, p. 336, para. 50.)

## **The General Act has not fallen into desuetude**

### **Firstly, the dissolution of the organs of the League of Nations has not resulted in the desuetude of the General Act**

25.

"Equally, we do not find convincing the thesis that the 1928 Act cannot serve as a basis for the competence of the Court because of 'the desuetude into which it has fallen since the demise of the League of Nations system'. Desuetude is not mentioned in the Vienna Convention on the Law of Treaties as one of the grounds for termination of treaties, and this omission was deliberate. As the International Law Commission explained in its report on the Law of Treaties:

' . . . while "obsolescence" or "desuetude" may be a factual cause of the termination of a treaty, the legal basis of such termination, when it occurs, is the consent of the parties to abandon the treaty, which is to be implied from their conduct in relation to the treaty' (*Yearbook of the International Law Commission*, 1996, Vol. II, p. 237)." (*Ibid.*, pp. 337-338, para. 53.)

26. The dissenting opinion stated (in relation to France):

"Accordingly, France was doing no more than conform to the general opinion when in 1956 and 1957 she made the 1928 Act one of the bases of her claim against Norway before this Court in the *Certain Norwegian Loans* case (*I.C.J. Reports 1957*, p. 9)." (*Ibid.*, p. 341, para. 62.)

"The position taken by France in the *Certain Norwegian Loans* case, so far from being explicable only on the basis of a conviction of the desuetude of the Act, provides evidence of the most positive kind of her belief in its continued validity and efficacy at that date." (*Ibid.*, p. 342, para. 64.)

### **Nor did the position taken by some States subsequently to the dissolution of the organs of the League of Nations result in the desuetude of the General Act**

27.

"In our view, the conclusion that the 1928 Act was a treaty in force between Australia and France on 9 May 1973 [cannot] be in any way affected by certain action taken with respect to the Act since that date by two other States, India and the United Kingdom. In the case concerning *Trial of Pakistani Prisoners of War*<sup>1</sup>, by a letter of 24 June 1973 India informed the Court of its view that the 1928 Act had ceased to be a treaty in force upon the disappearance of the organs of the League of Nations. Pakistan, however, expressed a contrary view and has since addressed to the Secretary-General a letter from the Prime Minister of Pakistan affirming that she considers the Act as continuing in force. Again, although the United Kingdom, in a

letter of 6 February 1974, referred to doubts having been raised as to the continued legal force of the Act and notified the Secretary-General of its denunciation of the Act in conformity with the provisions of paragraph 2 of Article 45, it did so in terms which do not prejudge the question of the continuance in force of the Act . . .

We are therefore clearly of the opinion that Article 17 of the 1928 Act, in combination with Article 37 of the Statute of the Court, provided Australia with a valid basis for submitting the *Nuclear Tests* case to the Court on 9 May 1973" (*ibid.*, pp. 344-345, para. 70).

Following this exposé of the arguments in favour of the maintenance in force of the General Act, may it now please the Court, and you yourself, Mr. President, to call Sir Elihu Lauterpacht again. He will examine the consequences of independence on the position of India and Pakistan with regard to the 1928 Act.

I hereby conclude my brief presentation. Mr. President, Members of the Court, it only remains for me to convey my sincere gratitude for your patience and indulgence.

The PRESIDENT : Thank you, Mr. Kemicha. Je donne maintenant la parole à sir Elihu.

Sir Elihu LAUTERPACHT : Merci, Monsieur le président.

1. Je reviens à la barre pour poursuivre l'examen de l'Acte général. Il me faudra, je pense, 25 à 30 minutes, ce qui nous amènera un peu au-delà de treize heures. On vient de rappeler à la Cour l'argumentation solide, formulée dans l'opinion dissidente conjointe de l'affaire des *Essais nucléaires*, au sujet du maintien en vigueur de l'Acte général malgré la disparition de la SdN. J'en viens à la deuxième question.

## **B. Quel effet l'indépendance a-t-elle eu sur la position de l'Inde vis-à-vis de l'Acte général ?**

2. Ainsi que le constatera la Cour, la position de l'Inde à l'égard du statut ultérieur de l'Acte général n'est pas dénuée d'obscurité et de contradiction.

3. Pour les fins qui nous occupent à ce stade, je laisse de côté pour l'instant la position du Pakistan par suite de l'indépendance. Je ne réponds ici qu'à la thèse de l'Inde, à savoir que celle-ci aurait cessé d'être liée par l'Acte général à la date de l'indépendance en 1947. Cette thèse figure dans la communication adressée par l'Inde au Secrétaire général des Nations Unies, reçue par celui-ci le 18 septembre 1974 (contre-mémoire de l'Inde, annexe B, p. 5) selon laquelle :

«Depuis son accession à l'indépendance en 1947, le Gouvernement indien ne s'est jamais considéré comme lié par l'Acte général de 1928, que ce soit par succession ou autrement. En conséquence, l'Inde n'a jamais été partie à l'Acte général de 1928 depuis qu'elle est indépendante et elle n'y est pas actuellement partie. Je précise ceci pour que notre position sur ce point soit absolument claire et qu'elle ne fasse aucun doute pour quiconque.»

4. Cette affirmation appelle deux observations :

5. La première est qu'il s'agit d'une déclaration -- et d'une déclaration seulement. C'est l'affirmation, faite en 1974, que depuis un événement de 1947 -- soit vingt-sept ans auparavant, l'accession de l'Inde à l'indépendance -- l'Inde n'est pas partie à l'Acte général : «n'a jamais été partie à l'Acte général ... et ... n'y est pas actuellement partie».

6. La deuxième observation est étroitement liée à la première. C'est que le souci de l'Inde de rendre sa position absolument claire «pour ... qu'elle ne fasse aucun doute pour quiconque» était simplement l'expression de son propre point de vue sur la situation juridique. Il s'agissait d'une affirmation subjective, qui pouvait avoir une validité objective ou n'en pas avoir (bien qu'à toutes fins utiles, le Pakistan relève qu'elle n'avait aucune validité objective). En outre, ce n'était pas une dénonciation de l'Acte général -- et cela, pour deux raisons. Premièrement, parce que, selon l'Inde, il n'existait pas d'Acte général à dénoncer. Deuxièmement, parce que, même si celui-ci avait existé, l'Inde ne l'avait pas officiellement dénoncé comme le prévoit l'article 45 du traité, qui stipule : «La dénonciation se fera par notification écrite adressée au Secrétaire général de la Société des Nations, qui en informera tous les Membres de la Société et les Etats non-membres mentionnés à l'article 43.» Fidèle à la logique de sa position, l'Inde n'a pas utilisé des mots de dénonciation, parce que cela aurait impliqué qu'elle se considérait comme liée par l'Acte général au moment de dénoncer ce dernier, ce qu'elle niait. Elle aurait pu le faire si elle avait voulu dénoncer l'Acte général ; elle aurait pu le faire, comme la France et le Royaume-Uni, qui l'ont officiellement dénoncé, mais elle a choisi de ne pas le faire.

7. Maintenant, sur quelle base juridique l'Inde peut-elle se fonder pour dire que l'Acte général, supposé resté toujours en vigueur dans la période qui a suivi la SdN, a cessé de l'être pour l'Inde au moment de son indépendance ? L'Inde semble avancer sur deux raisons. La première,

que l'Inde n'y a pas succédé en vertu du droit international général. La seconde, qu'elle n'y a pas succédé en application des dispositions de l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux), de 1947.

8. Si vous permettez, je prends d'abord la thèse de l'Inde selon laquelle en vertu du droit international général, elle n'a pas «succédé» à l'Acte général. Cet argument présume que ce qui s'est passé en Inde en 1947, par opposition à ce qui s'est passé au Pakistan, était une simple affaire de succession. En droit, ce n'est pas exact. Il est notoire que le sous-continent indien a été divisé en deux Etats de telle sorte que l'Inde a été considérée, à certaines fins, comme le prolongement de la personnalité internationale de l'entité précédente, que l'Inde a appelée «l'Inde britannique». Cela ressort clairement du fait que l'Inde a continué d'être membre des Nations Unies et de relever du Statut de la Cour. L'Inde a survécu à la division de l'Inde. Le Pakistan a dû demander à être membre des Nations Unies, non pas comme nouvel Etat mais parce que, en application de l'accord conclu avec l'Inde, il était l'Etat qui ne bénéficiait pas automatiquement, par succession, de la qualité de membre des organisations internationales. Comme le précise le manuel sur *The Effect of Independence on Treaties*, publié en 1965 par un comité de l'Association de droit international dont feu le professeur O'Connell était rapporteur, «la théorie était que l'Inde était la même personne juridique que l'Inde britannique, et que par conséquent, malgré un manque d'autonomie très réel dans les affaires étrangères, les traités conclus entre 1914 et 1947 continueraient de lier l'Inde en tout état de cause» (p. 92). Les Nations Unies ont considéré que le dominion de l'Inde «continue d'exister en qualité d'Etat séparé, avec tous les droits et obligations découlant des traités» (*ibid.*) En d'autres termes, en ce qui concernait l'Inde, il n'y avait pas de succession. Il y avait continuité.

9. Quant à l'effet de l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux) de 1947, il peut être traité dans la section suivante, où j'analyse la position du Pakistan, et j'y viens donc maintenant.

### **C. Quel effet l'indépendance a-t-elle eu sur la position du Pakistan vis-à-vis de l'Acte général ?**

10. Le Pakistan soutient qu'il est partie à l'Acte général en vertu de sa succession à l'Inde britannique. Cette succession repose sur deux bases : le droit international coutumier et le droit des traités.

11. Premièrement, pour des raisons de commodité, le droit des traités. Le Pakistan se fonde sur l'annexe à l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux) 1947 (mémoire du Pakistan sur la compétence, annexe F). Le paragraphe 2 de l'ordonnance dispose que l'accord figurant en annexe aura effet d'accord dûment conclu entre l'Inde et le Pakistan. Les deux Etats l'ont accepté comme tel.

12. L'annexe est intitulée : «Accord relatif à la dévolution des droits et obligations d'ordre international aux Dominions de l'Inde et du Pakistan.» Les clauses de l'accord se divisent en trois catégories distinctes.

13. La première concerne le problème spécifique de la qualité de membre des organisations internationales. A cet égard, les deux Etats n'ont pas été traités à égalité. L'article 2 précise que la qualité de membre est dévolue exclusivement à l'Inde. Le Pakistan fera les démarches nécessaires pour solliciter son admission au sein des organisations internationales auxquelles il désirera adhérer. A d'autres égards, les deux Etats ont été traités sur un pied d'égalité.

14. La deuxième traite des droits et obligations dont l'application est limitée au territoire soit de l'Inde, soit du Pakistan. Le paragraphe 3 dispose que ces droits et obligations seront dévolus à celui des deux dominions dont fait partie la région couverte par cette application territoriale.

15. La troisième est celle qui se rapporte à la question que pose la présente instance. C'est le paragraphe 4. Celui-ci prévoit que :

«Sous réserve des articles 2 et 3 du présent accord [que nous avons examinés], les droits et obligations découlant d'accords internationaux auxquels l'Inde est partie à la veille du jour fixé seront dévolus à la fois au Dominion de l'Inde et au Dominion du Pakistan et, le cas échéant, répartis entre ces Dominions.»

16. Il ressort très clairement, à la fois de la teneur de l'accord et de son contexte historique qu'il était censé résoudre complètement et intégralement la question de l'avenir des traités de l'Inde britannique sur une base d'égalité (à l'exception de la qualité de membre des organisations

internationales). L'accord couvre de manière logique tous les types de traités auxquels l'Inde britannique pouvait avoir été partie. Il ne contient rien qui puisse faire croire qu'un traité ou une catégorie de traités de l'Inde britannique devait être exclu de son champ d'application.

17. L'Inde affirme cependant que la portée de l'ordonnance était limitée par une liste de traités préparée, dit-elle, par «le comité d'experts n° 9 sur les relations étrangères» -- rapport qui figure dans *Partition Proceedings*, vol. III, p. 217 à 276. L'Inde n'a pas soumis à la Cour l'ensemble de ces *Partition Proceedings*, ni le volume en question, ni une copie de la liste, pour montrer dans quelle mesure cette liste était censée être complète ou à quoi elle devait servir. Nous ne savons absolument pas quels autres traités étaient omis de la liste, en dehors de l'Acte général -- à en croire l'analyse qu'en fait l'Inde.

18. Malheureusement, le Pakistan n'a pu trouver son exemplaire de ce volume des *Partition Proceedings* pour tenter de répondre aux questions que je viens de poser. Celles-ci doivent donc pour le moment rester en suspens. Mais le Pakistan a trouvé un tiré à part, une copie de la liste, et il peut dire immédiatement que celle-ci est manifestement incomplète. Un exemple suffira : la convention de Genève de 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre et pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées en campagne ne figure pas sur la liste. Si une convention de cette importance peut être omise, il n'est guère étonnant que l'Acte général le soit aussi. Je suis certain que l'on pourrait découvrir que d'autres traités multilatéraux l'ont été également. De plus, la liste est inexacte à d'autres égards, car elle inclut d'autres traités qui n'auraient pas dû y figurer, mais ceux-ci sont moins importants que ceux qui ne s'y trouvent pas.

19. Mais à supposer, Monsieur le président, que le volume III et la liste soient retrouvés et présentés à la Cour : sur quelle base la Cour pourrait-elle en tenir compte ? L'accord de 1947 ne comporte aucune mention des *Partition Proceedings* ou de la liste. Si les auteurs de l'accord de 1947 avaient voulu que la liste régisse la dévolution des traités, il aurait été très facile d'incorporer la liste, ou même une simple référence à celle-ci, dans l'accord. Il aurait suffi simplement, pour lui donner pleinement effet, d'insérer au paragraphe 4, après «découlant

d'accords internationaux auxquels l'Inde est partie à la veille du jour fixé» les quinze mots suivants : «énumérés dans la liste figurant au volume III des *Partitions Proceedings*, pages 217 à 276». Mais le paragraphe 4 de l'accord ne contient rien de tel.

20. Il n'est pas difficile de comprendre pourquoi. Compte tenu des pressions extraordinaires auxquelles donnait lieu la partition, et qui sont de notoriété publique, nul ne pouvait être sûr que cette liste était complète, et personne n'aurait voulu courir le risque qu'un traité soit omis. L'objet de la liste, il faut le rappeler, n'était pas d'informer l'Inde des traités que celle-ci accepterait, car le gouvernement restant au pouvoir en Inde était censé

connaître, en tout état de cause, et conserver tous les traités auxquels l'Inde britannique était partie — sauf pour ceux qui revenaient au Pakistan sur une base territoriale. Le principal objet de la liste était de donner au Pakistan une idée des traités qui lui seraient dévolus; et le Pakistan, à ce moment crucial de son histoire, n'aurait pas voulu s'engager sur une liste qui pouvait ne pas être exacte.

21. Peut-on faire valoir que la liste des *Partition Proceedings* est recevable en qualité d'élément des travaux préparatoires qui ont débouché sur l'accord ? La réponse est non, en tout cas pas si l'article 32 de la convention de Vienne peut être considéré comme une codification du droit applicable en la matière. Ce n'est qu'à titre de moyens complémentaires d'interprétation que l'on peut faire appel aux travaux préparatoires d'un traité et aux circonstances dans lesquelles il a été conclu. Même alors, ce moyen ne peut servir que pour confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31 ou en déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :

a) laisse le sens ambigu ou obscur;

b) conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable.

22. Alors, que prévoit l'article 31 ? Qu'«un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but». Comment peut-on interpréter de bonne foi le libellé du paragraphe 4 de l'accord de 1947 autrement que comme signifiant exactement ce qu'il dit : «les droits et obligations découlant d'accords internationaux auxquels l'Inde est partie à la veille du jour fixé seront dévolus à la fois au dominion de l'Inde et au dominion du Pakistan» ? Où trouve-t-on dans ces termes, pour reprendre les termes de l'article 33 de la convention de Vienne, un sens ambigu, obscur, absurde ou déraisonnable ? La réponse est : nulle part; et il n'y a aucune justification pour faire intervenir dans la procédure la teneur inconnue d'un texte invisible. Cette considération est particulièrement pertinente en ce qui concerne la position d'Etats qui n'étaient pas parties à l'accord de 1947. Le reste du monde, s'il voulait savoir ce que pourrait être la position du Pakistan à l'égard des traités conclus par l'Inde britannique, aurait eu le droit de se fier au libellé de l'accord de 1947 sans être obligé de rechercher dans les *Partition Proceedings* quelque interprétation qui pourrait n'être pas conforme aux termes effectivement utilisés.

23. En résumé, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, la réponse à notre troisième question — quel effet l'indépendance a-t-elle eu sur la position du Pakistan vis-à-vis de l'Acte général ? — est que les termes de l'accord annexé à l'Acte portent effet entre l'Inde et le Pakistan au niveau international pour établir que le Pakistan est partie à l'Acte général jusqu'au moment où il pourrait éventuellement décider de le dénoncer officiellement conformément à l'article 45.

24. La clarté de la situation qui découle de l'accord de 1947 étant ce qu'elle est, il n'est pas nécessaire que le Pakistan entreprenne une analyse détaillée de la situation en droit international coutumier. Il s'en tient toutefois à la thèse que dans toutes les circonstances dans lesquelles l'indépendance a été instaurée dans l'Inde britannique, il n'y avait absolument aucune raison pour laquelle il n'y aurait pas eu de dévolution automatique au Pakistan des termes de l'Acte général.

En tout état de cause cette dévolution a eu lieu par suite de la notification de succession faite ultérieurement par le Pakistan au Secrétaire général des Nations Unies. C'est un point sur lequel je reviendrai dans un instant.

#### **D. Quel effet, le cas échéant, ont eu les événements postérieurs à 1947 sur la qualité de parties à l'Acte des deux Etats ?**

25. Nous en arrivons à la dernière question pertinente qui se pose à cet égard : quel effet, le cas échéant, ont eu les événements postérieurs à 1947 sur l'application de l'accord de 1947 et sur la qualité de parties de l'Inde et du Pakistan à l'Acte général ?

Examinons l'un après l'autre le cas de chacun des Etats.

#### **Le Pakistan**

26. Il y a lieu de commencer par le Pakistan puisque c'est en réponse à la conduite du Pakistan que l'Inde a agi.

27. Pour ce qui est du Pakistan, rien n'a été fait jusqu'au 30 mai 1974. A cette date, le Pakistan a déposé une notification de succession à l'Acte général, accompagnée d'une déclaration (voir mémoire du Pakistan, annexe G, p. 10), dont les termes méritent un examen approfondi. Je vous en donne lecture :

«Lorsque le Pakistan est devenu Membre de l'Organisation des Nations Unies, en octobre 1947, la délégation indienne a communiqué au Secrétaire général le texte des accords constitutionnels, conclus au moment de l'accession à l'indépendance de l'Inde et du Pakistan (documents n° A/C.6/161 du 7 octobre 1947), en mentionnant la dévolution à ces deux Etats, en qualité d'Etats successeurs de l'ancienne Inde britannique, des droits et des obligations d'ordre international de l'Inde britannique.

Parmi les droits et obligations de l'ancienne Inde britannique se trouvaient ceux découlant de l'Acte général sur le règlement pacifique des différends internationaux, fait à Genève le 26 septembre 1928, auquel l'Inde britannique avait adhéré le 21 mai 1931. Le Gouvernement pakistanais considère que cet acte continue d'être en vigueur entre les parties à l'Acte tel qu'il a été fait le 26 septembre 1928 entre tous les Etats successeurs. L'article 37 du Statut de la Cour internationale de Justice donne effet à l'article 17 dudit Acte entre les Membres de l'Organisation des Nations Unies ou entre les parties au Statut de la Cour.

Conformément aux accords mentionnés au paragraphe premier ci-dessus, le Pakistan est partie à l'Acte général de 1928 depuis la date de son indépendance, à savoir le 14 août 1947, puisque en vertu de l'article 4 de l'Ordonnance d'indépendance de l'Inde (accords internationaux) de 1947 (documents n° A/C.6/161 du 7 octobre 1947), le Pakistan a succédé aux droits et obligations de l'Inde britannique découlant de tous les traités multilatéraux qui liaient ce pays avant son partage entre deux Etats successeurs. En vertu de ces accords, le Gouvernement pakistanais n'était pas tenu de faire connaître sa volonté d'adhérer aux conventions multilatérales par lesquelles l'Inde britannique avait été liée. Néanmoins, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a été informé de la situation par la communication susmentionnée.

Cependant, afin de dissiper tout doute à cet égard et sans préjudice des droits du Pakistan en qualité d'Etat successeur de l'Inde britannique, le Gouvernement pakistanais a décidé de notifier à Votre Excellence en qualité de dépositaire de l'Acte général de 1928, que le Gouvernement pakistanais continue d'être lié par l'adhésion de l'Inde britannique à l'Acte général de 1928.»

Le Pakistan a donc dit très clairement qu'il admettait que l'Acte général lui avait été transmis lors de l'accession à l'indépendance. Il a confirmé cette transmission puis, si je puis m'exprimer ainsi, il a fait un beau geste en disant «en revanche, nous ne reprenons pas à notre compte les réserves formulées, nous ne voulons pas limiter la portée de l'Acte général dont nous avons ainsi hérité».

28. En résumé, le Pakistan a déclaré que l'Acte général lui avait été transmis lors de l'accession à l'indépendance et qu'à compter de cette date il était donc devenu partie, séparément, à cet Acte. Comme je viens de le préciser, le Pakistan s'est dissocié des réserves formulées par l'Inde britannique, y compris bien entendu la réserve relative au règlement des différends entre Etats du Commonwealth, qui était incluse dans la déclaration d'acceptation, par l'Inde, de l'Acte général.

29. Venons-en, avec votre permission, Monsieur le président, à la position de l'Inde. L'Inde a formulé un certain nombre d'observations sur cette notification dans une communication adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, que celui-ci a reçue le 18 septembre 1974.

## **L'Inde**

30. L'Inde a résumé ces observations dans les termes suivants :

«l'Acte général de 1928, en tant que partie intégrante du système de la Société des Nations, a cessé d'être un traité en vigueur lors de la disparition des organes de la Société des Nations».

Cette remarque a fait l'objet d'une analyse complète dans l'opinion dissidente jointe à l'arrêt rendu dans l'affaire des *Essais nucléaires* et point n'est besoin d'y revenir à ce stade.

31. «Etant de caractère politique, cet accord ne pouvait pas être transmissible en vertu du droit relatif à la succession.» A l'évidence, la validité de cet argument peut être débattue. Il convient d'abord de rappeler que la scission de l'Inde britannique n'a pas donné lieu à un cas ordinaire de succession. Pour l'Inde, la question de la transmission ne se pose pas puisque sa personnalité juridique sur le plan international est demeurée inchangée par rapport à ce qu'elle était avant 1947. C'est pourquoi le débat sur la non-transmission des traités dits de caractère politique n'est pas pertinent en l'occurrence. Il ne fait aucun doute que l'Inde restait liée par l'Acte général. Ensuite, et c'est là un aspect moins important, on ne peut pas partir de l'hypothèse que l'Acte général se range dans la catégorie des accords de caractère *politique* sur lequel planeraient les incertitudes liées à la transmission des traités de nature politique. Par «traité de caractère

politique», il faut entendre un traité qui engage un Etat à entreprendre une action de nature politique, et non pas un traité en vertu duquel des Etats conviennent de régler leurs différends à venir par des moyens pacifiques.

32. «Ni l'Inde ni le Pakistan ne sont considérés comme étant liés par l'Acte général depuis 1947». A la date à laquelle l'Inde a fait ces observations, en septembre 1974, cela était inexact sur le plan des faits puisque le Pakistan avait invoqué l'Acte général en mai 1973, dans les plaidoiries concernant à l'affaire relative au *Procès de prisonniers de guerre pakistanais (Pakistan c. Inde)*, devant la Cour.

33. «L'Acte général ne figure pas sur la liste des 627 accords visés dans l'ordonnance d'indépendance de l'Inde (accords internationaux) de 1947.» Je viens de le dire, rien ne prouve que l'article 4 de l'annexe à l'ordonnance de 1947 se rapporte à la liste des 627 accords. L'Inde n'a toujours pas fourni à la Cour les documents en question. En tout état de cause, il n'y a pas lieu de prendre cette liste en considération. Ainsi, l'on ne saurait prétendre que le fait que l'Acte de 1928 ne figure pas sur cette liste soit pertinent en l'instance.

34. Ni le Pakistan ni l'Inde n'ont encore adhéré à l'Acte général révisé. C'est ce qu'a fait valoir l'Inde. Mais cela ne prouve rien, si ce n'est qu'aucun de ces Etats n'a entrepris une démarche qui aurait manifestement contredit la position de chacun d'eux comme quoi l'Acte de 1928 est toujours un instrument en vigueur.

35. En bref, rien dans les observations de l'Inde sur la notification de succession du Pakistan de 1974 à l'égard de l'Acte général ne limite la portée juridique de ladite notification.

36. Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, j'en suis arrivé au terme de l'exposé des arguments liminaires du Pakistan sur la compétence de la Cour en l'instance. Je ne tenterai pas de résumer les points que je vous ai présentés. L'*Attorney General* l'a déjà fait dans son exposé liminaire et le temps ne permet pas -- pas plus que les circonstances ne le justifient -- de répéter ce qui a déjà été dit.

37. Il ne me reste qu'à vous remercier, Monsieur le président, Madame et Messieurs de la Cour, pour la patience avec laquelle vous avez bien voulu écouter les plaidoiries du Pakistan. Qu'il vous plaise de décider, en temps voulu, que les exceptions de l'Inde à la compétence de la Cour sont dépourvues de fondement et que l'affaire peut être examinée au fond.

Le PRESIDENT : Je vous remercie infiniment, sir Elihu. This concludes the first round of pleadings for the Islamic Republic of Pakistan. The Court will meet again tomorrow at 10 a.m. to hear the first round of pleadings for the Republic of India. The sitting is closed.

*The Court rose at 1.10 p.m.*

---