

DISSENTING OPINION OF JUDGE PIRZADA

Obligated to dissent from the reasoning in the Judgment of the Court and its conclusion, but in agreement with paragraphs 51 to 55 thereof — Effect of the Indian Independence Act and Independence (International Arrangements) Order 1947, dividing British India into two independent States, India and Pakistan, both were successor States — General Act of 1928 devolved upon India and Pakistan — Between 1947 and 1999 India and Pakistan settled their disputes (i) by negotiations, (ii) through mediation of third parties, (iii) through judicial tribunals and (iv) had agreed to have access to the International Court of Justice if no other forum was available and filed appeal or application before the International Court of Justice — India's conduct covered by doctrine of estoppel — India's Commonwealth reservation is aimed at Pakistan only and is obsolete, discriminatory and is invalid under Article 39 of the General Act — Commonwealth reservation is severable from the Indian declaration — India's communication of 18 September 1974 was sent to counter the declaration of Pakistan of 30 May 1974 that it was bound by the General Act and having regard to the pleas raised by Pakistan before the ICJ in the Trial of Pakistani Prisoners of War case, the Indian communication was not sent in good faith and cannot be treated or deemed to be a denunciation of the General Act, among others, it did not comply with Article 45 of the General Act — Analysis of the decisions of the International Court of Justice, the Supreme Court of Pakistan and the Supreme Court of India — The Court has jurisdiction, among others, under Article 17 of the General Act and, in view of the allegations of Pakistan that India, by shooting down Pakistan's aircraft inside Pakistan's airspace and killing 16 trainees, committed breaches of obligations of customary international law not to use force and not to violate the sovereignty of another State — The Court's task is to ensure respect for international law as its principal guardian — Judicial caution and restraint, but principles of constructive creativity and progressive realism could be evolved — The Court ought to have rejected India's preliminary objection to the jurisdiction and ought to have entertained the Application filed by Pakistan — The Parties are under obligation to settle in good faith their disputes including the dispute regarding the State of Jammu and Kashmir and in particular the dispute arising out of the aerial incident of 10 August 1999 — Let India and Pakistan keep in view the ideals of Quaid-e-Azam Mohamed Ali Jinnah and Mahatma Gandhi and take effective measures to secure peace, security and justice in South Asia.

I hold the President and the Judges of the International Court of Justice in high esteem for their erudition and experience. I regret that I find myself obliged to dissent from the reasoning in the Judgment of the

OPINION DISSIDENTE DE M. PIRZADA

[Traduction]

Est contraint de se dissocier de la motivation de l'arrêt de la Cour, et de sa conclusion, mais approuve les paragraphes 51 à 55 de l'arrêt — L'effet de l'Indian Independence Act et de l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux) de 1947, qui ont divisé l'Inde britannique en deux Etats indépendants, l'Inde et le Pakistan, tous deux Etats successeurs — L'Acte général de 1928 a été dévolu à l'Inde et au Pakistan — De 1947 à 1999, l'Inde et le Pakistan ont réglé leurs différends i) par voie de négociation, ii) par voie de médiation, iii) par voie de règlement judiciaire, iv) ils étaient convenus de s'adresser à la Cour internationale de Justice à défaut d'une autre juridiction, et ils ont déposé un appel ou des requêtes devant la Cour — Le comportement de l'Inde donne prise à l'application de la doctrine de l'estoppel — La réserve Commonwealth de l'Inde vise le Pakistan et lui seul, et elle est caduque, discriminatoire et nulle en vertu de l'article 39 de l'Acte général — La réserve Commonwealth peut être dissociée de la déclaration de l'Inde — La communication de l'Inde du 18 septembre 1974 a été envoyée en réponse à la déclaration du Pakistan du 30 mai 1974 selon laquelle celui-ci était lié par l'Acte général et, eu égard aux arguments qu'a fait valoir le Pakistan devant la Cour dans l'affaire du Procès de prisonniers de guerre pakistanais, cette communication n'a pas été envoyée de bonne foi et ne peut être réputée constituer une dénonciation de l'Acte général, ni être traitée comme telle; elle n'était notamment pas conforme à l'article 45 de l'Acte général — Analyse des décisions de la Cour internationale de Justice, de la Cour suprême du Pakistan et de la Cour suprême de l'Inde — la Cour a compétence, notamment, en vertu de l'article 17 de l'Acte général, et compte tenu des allégations du Pakistan selon lesquelles l'Inde, en abattant un avion pakistanais à l'intérieur de l'espace aérien du Pakistan et en tuant seize jeunes recrues, a violé les obligations de droit international coutumier interdisant d'utiliser la force et d'attenter à la souveraineté d'un autre Etat — La mission de la Cour est de garantir le respect du droit international, dont elle est le principal garant — L'exercice de la fonction judiciaire impose circonspection et retenue, mais des principes de créativité constructive et de réalisme progressiste pourraient être dégagés — La Cour aurait dû rejeter l'exception préliminaire opposée par l'Inde à sa compétence, et accueillir la requête déposée par le Pakistan — Les Parties ont l'obligation de régler de bonne foi leurs différends y compris le différend relatif à l'Etat de Jammu-et-Cachemire, et en particulier le différend découlant de l'incident aérien du 10 août 1999 — Puissent l'Inde et le Pakistan ne pas oublier les idéaux de Quaid-e-Azam Mohamed Ali Jinnah et du Mahatma Gandhi, et prendre des mesures efficaces pour faire régner la paix, la sécurité et la justice en Asie du Sud.

Je tiens le président et les juges de la Cour Internationale de Justice en haute estime pour leur érudition et leur expérience. C'est à regret que je me vois contraint de me dissocier de la motivation de l'arrêt de la Cour et

Court and its conclusion. I am, however, in full agreement with paragraphs 51 to 55 thereof.

STATEMENT OF FACTS

Allegations by Pakistan

1. Pakistan in its Application of 21 September 1999 claims:

“On the 10th day of August 1999 an unarmed Atlantique aircraft of the Pakistan navy was on a routine training mission with sixteen personnel on board. While flying over Pakistan air space it was fired upon with air to air missiles by Indian air force planes, without warning. All sixteen personnel, mostly young naval trainees, on board the aircraft were killed . . . The wreckage of the Atlantique was discovered around 1455 hrs scattered across the area of a radius of one square kilometre. The wreckage of the plane was about 2 km inside Pakistan territory which is a clear proof that when the aircraft was shot it was well within Pakistan’s air space.

By the time the wreckage was found by Pakistan navy’s Sea King helicopters there was a gap of about 2½ hours. The Indian helicopters, knowing the actual position of the shooting down of Pakistan’s aircraft, sneaked into Pakistan’s territory to pick up a few items from the debris.” (Application of the Islamic Republic of Pakistan of 21 September 1999.)

In its Memorial, Pakistan referred to subsequent events:

“Pakistan, in conformity with the purposes and principles enshrined in the Charter of the United Nations, did not resort to any retaliatory measures. Instead on 25 August 1999, Pakistan requested the Secretary-General of the United Nations, in view of the false and misleading claims made by the Indian side regarding the shooting down of the unarmed Naval aircraft, to send a ‘Fact Finding Mission’ to the region to ascertain facts about the incident. The Secretary-General in his Note dated 3 September 1999 informed the Government of Pakistan that the *Indian Government did not see the need for any kind of third party investigations into the incident and, therefore, rejected the request.* He regretted that he was unable to send a mission to the region since this was not possible without the full co-operation of all the parties.

Moreover, on 30 August 1999, the Government of Pakistan made a démarche to the Government of India, through its High Commission in Islamabad, demanding that the Government of India should pay an amount of US\$60.2 million as compensation for the loss of

de sa conclusion. Je suis cependant en accord complet avec les paragraphes 51 à 55 de l'arrêt.

EXPOSÉ DES FAITS

Allégations du Pakistan

1. Le Pakistan, dans sa requête du 21 septembre 1999, affirme ce qui suit :

«Le 10 août 1999, un avion de type Atlantique de la marine pakistanaise, non armé, effectuait une mission d'entraînement de routine, avec seize personnes à bord lorsque, alors qu'il se trouvait dans l'espace aérien pakistanaise, il a été touché par des missiles air-air tirés sans sommation par des appareils militaires indiens. Les seize personnes qui se trouvaient à bord de l'avion pakistanaise, pour la plupart des jeunes recrues de la marine, ont été tuées... [L]es débris de l'appareil éparpillés dans une zone de un kilomètre carré [ont été repérés vers 14 h 55]. Ces débris se trouvaient à deux kilomètres à l'intérieur du territoire pakistanaise, ce qui prouve bien que, lorsqu'il a été abattu, l'appareil se trouvait dans l'espace aérien pakistanaise.

Entre le moment de l'accident et l'instant où les hélicoptères Sea King de la marine pakistanaise ont découvert les restes de l'appareil, il s'est écoulé environ deux heures et demie. Connaissant le lieu exact où l'appareil avait été abattu, des hélicoptères indiens ont pénétré en territoire pakistanaise pour y prélever des débris.» (Requête de la République islamique du Pakistan du 21 septembre 1999.)

Dans son mémoire, le Pakistan a évoqué des incidents ultérieurs :

«Conformément aux buts et principes inscrits dans la Charte des Nations Unies, le Pakistan n'a exercé aucune mesure de représailles. Au lieu de quoi, le 25 août 1999, le Pakistan, eu égard à la manière erronée et mensongère dont les autorités indiennes avaient présenté la destruction de l'appareil non armé de la marine, a prié le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies d'envoyer «une mission d'enquête» dans la région en vue d'établir les circonstances de l'incident. Dans sa note datée du 3 septembre 1999, le Secrétaire général a informé le Gouvernement pakistanaise que *le Gouvernement indien ne voyait pas la nécessité d'une quelconque enquête menée par une tierce partie au sujet de l'incident et, en conséquence, avait rejeté la demande*. Le Secrétaire général regrettait de ne pas être en mesure d'envoyer une mission dans la région, la chose étant impossible sans la pleine coopération de toutes les Parties.

De plus, le 30 août 1999, le Gouvernement pakistanaise a adressé au Gouvernement indien, par l'intermédiaire de son haut commissariat à Islamabad, une demande de réparation d'un montant de 60,2 millions de dollars des Etats-Unis pour la destruction de l'appareil

the Pakistani Aircraft and for the loss of lives of the personnel on board. India did not respond to Pakistan's demarche but *publicly rejected* Pakistan's claim closing the door to any possible negotiations, even under the Simla Accord. Nor did India launch any investigation into the incident to establish responsibility or inform Pakistan that it had done so under the existing obligations spelt out in the Agreement between the two countries dated 6 April 1991 on the Prevention of Airspace Violations.

In view of the Indian refusal to settle this dispute through acceptance of a Fact-Finding Mission of the United Nations or any other third party intervention as well as direct bilateral negotiations, the Government of Pakistan has accordingly invoked, in the present Case, the jurisdiction of the International Court of Justice to adjudicate upon the dispute between the two countries and to establish the international responsibility of the Government of India, including the payment of compensation for shooting down the Pakistani aircraft and for the loss of human life, as a consequence of this illegal action." (Memorial of Pakistan, pp. 3-5; emphasis added.)

In the course of the oral proceedings, Mr. Munshi, the Attorney General of Pakistan added:

"The Court, will, of course, be aware that for over half a century a dispute has existed between India and Pakistan regarding the State of Jammu and Kashmir and for the implementation of United Nations resolutions which guaranteed to the people of Jammu and Kashmir their right of self-determination. India has regrettably not implemented the United Nations resolutions which it had agreed to at all material times.

.

Immediately after the incident on 10 August, Pakistan informed the President of the Security Council and the Secretary-General of the United Nations. Sensitive to the dangers inherent in the situation, the Secretary-General, on the same day, issued the following statement:

"The Secretary-General regrets the loss of life following the downing of the Pakistani aircraft by the Indian Air Force. He is increasingly concerned at repeated incidents between Indian and Pakistan and urges that the differences between them be resolved by peaceful means. He calls on both countries to exercise maximum restraint. The Secretary-General looks forward to an early resumption of the bilateral dialogue between the two countries in the spirit of the Lahore Declaration." (CR 2000/1, pp. 14, 15, paras. 6, 9 (Munshi).)

pakistanaï et la mort des personnes qui se trouvaient à bord. L'Inde n'a pas donné suite à la démarche du Pakistan mais a *publiquement rejeté* la demande de ce dernier, fermant ainsi la porte à toute éventuelle négociation, y compris dans le cadre de l'accord de Simla. L'Inde n'a pas davantage diligenté d'enquête au sujet de l'incident en vue d'établir les responsabilités, ni informé le Pakistan qu'elle l'avait fait, comme le voulaient ses obligations aux termes de l'accord sur la prévention des violations de l'espace aérien conclu le 6 avril 1991 par les deux pays.

Devant le refus de l'Inde d'accepter une mission d'enquête de l'Organisation des Nations Unies ou toute autre intervention d'une tierce partie, ou encore des négociations bilatérales directes, aux fins de régler ce différend, le Gouvernement pakistanaï a invoqué, en introduisant la présente instance, la compétence de la Cour internationale de Justice pour trancher le différend entre les deux pays et pour établir la responsabilité internationale du Gouvernement indien, y compris son obligation de verser des indemnités au titre de la destruction de l'appareil pakistanaï abattu, et de la perte des vies humaines ayant résulté de cette action illicite.» (Mémoire du Pakistan, p. 2 et 3.)

Au cours de la procédure orale, M. Munshi, *Attorney General* du Pakistan, a ajouté ce qui suit :

«La Cour sait certainement que, depuis plus d'un demi-siècle, un différend oppose l'Inde au Pakistan au sujet 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.»

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 pakistanaï 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.» (CR 2000/1, p. 14-15, par. 6, 9 (Munshi).)

Sir Elihu Lauterpacht submitted:

“If the aircraft was not shot down over Pakistan territory it could only have been shot down over the territory of India. That is the stark alternative. Yet, if that were so then surely the logic of India’s position would have required it, in order to avoid judicial scrutiny of its behaviour, to have invoked its reservation No. 10, paragraph (d), which excludes ‘disputes with India concerning or *relating to* (and I emphasize ‘relating to’) the airspace superjacent to its land and maritime territory’. If the aircraft had been flying over India and was shot down there, then the dispute would have been one ‘relating to’ the airspace superjacent to India. India could have invoked the reservation. But India has not done so. Could there be a clearer acknowledgment — no doubt unintended — that the shooting down did not occur in India’s airspace? And from this it follows that it could only have been done in Pakistan’s airspace — a fact upon which Pakistan’s case and India’s responsibility both rest.” (CR 2000/1, p. 29, para. 9 (Lauterpacht).)

Denial by India

2. India in its Counter-Memorial denied various allegations. Mr. Soli Sorabjee, Attorney-General of India, repudiated the allegations and stated:

“I take this occasion to deny all allegations made by Pakistan with regard to the aerial incident of 10 August 1999 which took place in western India in the Kutch region in the State of Gujarat. Pakistan is solely responsible for the incident and must bear the consequences of its own acts.” (CR 2000/2, p. 11 (Sorabjee).)

It is unnecessary at this stage of the preliminary objections to the jurisdiction of the Court to make any comments on the allegations made by Pakistan and the denial thereof by India.

Contentions of the Parties

3. The contentions of the Parties, as reflected in the Memorial and the Counter-Memorial and their oral submissions, will be dealt with hereunder.

*

Sir Elihu Lauterpacht a déclaré :

«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 — aveu 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.» (CR 2000/1, p. 29, par. 9 (Lauterpacht).)

Dénégations de l'Inde

2. L'Inde, dans son contre-mémoire, a nié plusieurs allégations. M. Soli Sorabjee, *Attorney General* de l'Inde, rejetant les allégations, a déclaré :

«Je saisis toutefois cette occasion pour rejeter toutes les allégations formulées par le Pakistan au sujet de l'incident aérien du 10 août 1999, lequel s'est produit dans la partie occidentale de l'Inde, au-dessus de la région de Kutch, dans l'Etat du Gujrat. Le Pakistan est seul responsable de cet incident et doit supporter les conséquences de ses propres actes.» (CR 2000/2, p. 11, par. 9 (Sorabjee).)

Il est inutile, dans cette phase de l'exception préliminaire à la compétence de la Cour, de commenter les allégations du Pakistan et leur rejet par l'Inde.

Thèses des Parties

3. Les thèses des Parties, telles qu'elles sont exposées dans le mémoire et le contre-mémoire et dans les plaidoiries, sont rappelées ci-dessous.

*

EFFECT OF THE INDIAN INDEPENDENCE ACT, INDIAN INDEPENDENCE
(INTERNATIONAL ARRANGEMENTS) ORDER 1947 AND THE DEVOLUTION OF
THE GENERAL ACT OF 1928 ON INDIA AND PAKISTAN

Indian Independence Act

4. Section 1 (1) of the Indian Independence Act 1947 reads: "As from the 15th day of August 1947, two Independent Dominions shall be set up in *India*¹ to be known respectively as India and Pakistan." (Emphasis added.)

The then British Prime Minister, Mr. Attlee, stated before the House of Commons:

"With regard to the status of these two Dominions, the names were not meant to make any difference between them. They were two successor States and both of them would be Dominions in the fullest sense of the term." (A. N. Aiyar, *Constitutional Laws of India and Pakistan*, 1947 ed., p. 53.)

On 14 July 1947, dealing with the defence of the North West Frontier, the British Prime Minister said:

"This is a matter that is very much in the minds of the Members of both Successor Governments, and there is a Joint Defence Council to consider it. I should not like to go further than to say that the Government would be perfectly willing to go into discussions *with the Successor Government* on any matter of common defence." (Official Report No. 440 C 127; emphasis added.)

The words *with the Successor Government* refer to Pakistan as the North West Frontier is within its territory.

United Nations

5. On membership and representation of India and Pakistan in the United Nations, the legal opinion prepared by Assistant Secretary-General Kernö, issued to the press on 12 August 1947, stated as follows:

"In international law, the situation is analogous to the separation of the Irish Free State from Great Britain, and of Belgium from the Netherlands. In these cases, the portion which separated was considered new State; the remaining portion continued as an existing State with all of the rights and duties which it had before." (Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 2, p. 800.)

Pakistan did not subscribe to the view of the Secretariat of the United

¹ India means undivided British India.

EFFETS DE L'*INDIAN INDEPENDENCE ACT*, DE L'ORDONNANCE RELATIVE À L'INDÉPENDANCE DE L'INDE (ACCORDS INTERNATIONAUX) DE 1947 ET DE LA DÉVOLUTION DE L'ACTE GÉNÉRAL DE 1928 À L'INDE ET AU PAKISTAN

Indian Independence Act

4. L'article 1.1 de l'*Indian Independence Act* de 1947 est ainsi libellé: «A dater du 15 août 1947, deux dominions indépendants seront établis en Inde¹, dénommés respectivement Inde et Pakistan.» (Les italiques sont de moi.)

Le premier ministre britannique de l'époque, M. Attlee, a déclaré devant la Chambre des communes:

«En ce qui concerne le statut de ces deux dominions, leur nom n'est pas censé établir de différence entre eux. Tous deux sont des Etats successeurs, tous deux seront des dominions dans le plein sens du terme.» (A. N. Aiyar, *Constitutional Laws of India and Pakistan*, 1947, p. 53.)

Le 14 juillet 1947, parlant de la défense de la frontière du nord-ouest, le premier ministre britannique a déclaré:

C'est une question qui est au centre des préoccupations des membres des deux gouvernements successeurs, et un conseil commun de défense a été chargé de l'étudier. Je me contenterai de dire que le Gouvernement serait parfaitement disposé à discuter *avec le gouvernement successeur* sur toute question de défense commune.» (*Official Report*, n° 440 C 127; les italiques sont de moi.)

Les mots en italique *avec le gouvernement successeur* visent le Pakistan, car c'est sur son territoire que se trouve la frontière du nord-ouest.

Organisation des Nations Unies

5. Sur la question de l'appartenance de l'Inde et du Pakistan à l'Organisation des Nations Unies, et de leur représentation, M. Kerno, Sous-Secrétaire général, a rédigé un avis juridique communiqué à la presse le 12 août 1947, dans lequel on lit ce qui suit:

«En droit international, la situation est analogue à celle de l'Etat libre irlandais lorsqu'il s'est séparé de la Grande-Bretagne, et de la Belgique lorsqu'elle s'est séparée des Pays-Bas. Dans ces cas, la portion qui s'est détachée a été considérée comme un nouvel Etat; la portion restante a continué d'exister en tant qu'Etat conservant tous les droits et les obligations qu'il avait auparavant.» (Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 2, p. 800.)

Le Pakistan n'a pas souscrit à l'avis du Secrétariat de l'Organisation

¹ *Inde* s'entend de l'Inde britannique non divisée.

Nations that it was a new State, and that view had been criticized by Professor D. P. O'Connell in his leading work on State succession, as follows:

“The opinion of the Secretariat has been criticized as drawing an improper analogy from the cases of the Irish Free State and Belgium. In those cases the old sovereigns actively participated in the act which created the new States. The creation of Pakistan, on the other hand, was not the act of India, nor did India directly participate in it. It was a division enacted by a constitutional superior, and in no sense of the word could it be considered that there was any secession on the part of Pakistan. Both the Dominions were in the position of new States.” (D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, Vol. 1, p. 8.)

On being admitted to the membership of the United Nations the Representative of Pakistan declared as follows, in August 1947:

“In one sense, the admission of Pakistan to the United Nations is not the admission of a new member. Until August 15 of this year, Pakistan and India constituted one State. On August 15 they agreed to constitute themselves into two separate sovereign States. One chose to continue to call itself by the old name of India, which had applied to the whole of the country, and the other elected to call itself by the name of Pakistan.

Inasmuch as Pakistan had been a part of India, it was, in effect, under the latter name, a signatory to the Treaty of Versailles and an original Member of the League of Nations . . . In the same sense, Pakistan, as a part of India, participated in the San Francisco Conference in 1945 and became a signatory to the United Nations Charter. Therefore, Pakistan is not a new Member of the United Nations, but a co-successor to a Member State which was one of the founders of the Organization.” (*I.C.J. Pleadings, Trial of Pakistani Prisoners of War*, p. 79.)

Other International Organizations

6. In introducing the subject of admission of Pakistan to the International Telecommunication Conference held at Atlantic City in 1947, the Argentine delegate, speaking at the sixth plenary session of the Conference 4 September 1947, said:

“The case of Pakistan is ‘sui generis’, which we repeat, in our judgment, does not imply the necessity of a formal ‘admission’ apart from the Madrid Convention, or, still less, the necessity of a precise and prescribed ‘adherence’. On the contrary, the fact we must face is this: a Member of the International Telecommunication Union, British India, has been divided into two neighbouring states which today form part of the ‘Commonwealth’ of British nations under

des Nations Unies selon lequel il était un nouvel Etat, et cet avis a été critiqué dans les termes suivants par M. D. P. O'Connell, dans son important ouvrage sur la succession d'Etats :

«L'avis du Secrétariat a été critiqué parce qu'il établit une analogie impropre avec le cas de l'Etat libre irlandais et celui de la Belgique. Dans ces cas, les anciens souverains avaient participé activement à l'acte qui a créé les nouveaux Etats. Au contraire, la création du Pakistan n'était pas l'acte de l'Inde, et l'Inde n'y a pas participé directement. Elle résulte d'une division décidée par une autorité constitutionnelle supérieure, et rien ne permet de considérer qu'il y ait eu sécession de la part du Pakistan. Les deux dominions étaient l'un et l'autre de nouveaux Etats.» (D. P. O'Connell, *State Succession in Municipal Law and International Law*, vol. 1, p. 8.)

Lorsque le Pakistan fut admis comme Membre de l'Organisation des Nations Unies, son représentant déclara ce qui suit, au mois d'août 1947 :

«En un sens, l'admission du Pakistan à l'Organisation des Nations Unies n'est pas l'admission d'un nouveau membre. Jusqu'au 15 août de cette année, le Pakistan et l'Inde ne faisaient qu'un seul Etat. Le 15 août, ils ont décidé de se constituer en deux Etats souverains séparés. L'un a choisi de continuer à porter l'ancien nom d'Inde, qui s'appliquait jusqu'alors à l'ensemble du pays, l'autre a choisi de s'appeler Pakistan. Dans la mesure où le Pakistan avait fait partie de l'Inde, il était, en effet, sous ce dernier nom, signataire du traité de Versailles et Membre originaire de la Société des Nations... De même, le Pakistan, en tant que partie de l'Inde, a participé à la Conférence de San Francisco de 1945 et est devenu signataire de la Charte des Nations Unies. Par conséquent, le Pakistan n'est pas un nouveau membre de l'Organisation des Nations Unies, mais le cosuccesseur d'un Etat Membre qui était l'un des fondateurs de l'Organisation.» (C.I.J. *Mémoires, Procès de prisonniers de guerre pakistais*, p. 79.)

Autres organisations internationales

6. En présentant la question de l'admission du Pakistan à la Conférence internationale de télécommunications, tenue à Atlantic City en 1947, le délégué de l'Argentine, à la 6^e séance plénière de la conférence, le 4 septembre 1947, a déclaré ceci :

«Le cas du Pakistan est particulier, ce qui à notre avis, nous le répétons, n'implique pas la nécessité d'une «admission» formelle hors du cadre de la convention de Madrid ni, encore moins, la nécessité d'une «adhésion» précise selon les formes prescrites. Au contraire, nous nous trouvons devant la situation suivante: un membre de l'Union internationale des télécommunications, l'Inde britannique, a été divisé en deux Etats voisins, qui font aujourd'hui

conditions of absolute legal equality. One of these dominions, India, retains its old constitutional and political name; the other acquires a new designation: Pakistan. But the two states are, in reality, the legitimate successors to the rights and commitments acquired by British India within the International Telecommunication Union when it signed the Madrid Convention." (Marjorie Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 2, p. 803.)

"The Chairman having observed that no objection to the opinion expressed by the Argentine delegation had been raised, the Conference members unanimously agreed that Pakistan should be considered as admitted to the Telecommunication Conference." (*Ibid.*, p. 804.)

Treaty of Peace with Japan

7. "In the Treaty of Peace with Japan the language of articles 11 and 25 taken together confines the exercise of this power to the following Governments, which have already signed and ratified the Treaty of Peace with Japan: Australia, Canada, France, the Netherlands, New Zealand, Pakistan, the United Kingdom and the United States. With respect to the participation of Pakistan it is the view of the Governments concerned that Pakistan was entitled under international law to seek and be accorded the rights and obligations which attached to British India as a participant in the war against Japan. Thus in regard to the Treaty of Peace itself, Pakistan acquired the position of a power formerly at war with Japan. Similarly Pakistan is entitled to be regarded for the purpose of article 11 of the treaty as having been represented on the IMTFE and is therefore entitled to exercise the rights conferred by article 11 of the treaty.

It is not the position of the Governments concerned that India's vote was transferred to Pakistan. Had India signed and ratified the Treaty of Peace with Japan, both India and Pakistan would, in the view of the Governments concerned, have been eligible to participate in decisions with respect to persons sentenced by the International Military Tribunal for the Far East." (Department of State press release 246, 12 May 1954, XXX Bulletin, Department of State, No. 778, 24 May 1954, p. 802.) (Marjorie Whiteman, *Digest of International Law*, Vol. 2, p. 806.)

India objected to the inclusion of Pakistan.

The Joint Under-Secretary of State for Foreign Affairs, Douglas Dodds-Parker, in answer to that part of a question concerning Pakistan's inclusion in the clemency arrangements, stated:

partie du « Commonwealth » de nations britanniques dans des conditions d'égalité juridique absolue. L'un de ces dominions, l'Inde, conserve son ancien nom constitutionnel et politique; l'autre prend un nouveau nom: le Pakistan. Mais les deux Etats sont, en réalité, les successeurs légitimes aux droits et aux obligations acquis par l'Inde britannique au sein de l'Union internationale des télécommunications en signant la convention de Madrid.» (Marjorie Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 2, p. 803.)

« Le président ayant constaté qu'aucune objection n'avait été élevée contre l'opinion exprimée par la délégation de l'Argentine, les membres de la conférence ont décidé à l'unanimité que le Pakistan devait être considéré comme admis à la Conférence des télécommunications.» (*Ibid.*, p. 804.)

Traité de paix avec le Japon

7. « Dans le traité de paix avec le Japon, le libellé de l'article 11 et celui de l'article 25 considérés ensemble limitent l'exercice de ce pouvoir aux gouvernements suivants, qui ont déjà signé et ratifié le traité de paix avec le Japon: l'Australie, le Canada, la France, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, le Pakistan, le Royaume-Uni et les Etats-Unis. En ce qui concerne la participation du Pakistan, les gouvernements concernés estiment que le Pakistan était, selon le droit international, en droit de demander et de se voir reconnaître les droits et obligations qui s'attachaient à l'Inde britannique en tant que participante à la guerre contre le Japon. Ainsi, à l'égard du traité de paix lui-même, le Pakistan a acquis la position d'une puissance précédemment en guerre avec le Japon. De même, le Pakistan est en droit d'être considéré, aux fins de l'article 11 du traité, comme ayant été représenté au Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, et donc d'exercer les droits découlant de l'article 11 du traité.

Les gouvernements concernés ne considèrent pas que la voix de l'Inde ait été transférée au Pakistan. Si l'Inde avait signé et ratifié le traité de paix avec le Japon, l'Inde et le Pakistan auraient tous deux, de l'avis des gouvernements concernés, été en droit de participer aux décisions concernant les personnes condamnées par le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient.» (Communiqué de presse 246 du département d'Etat, 12 mai 1954, Bulletin XXX, département d'Etat, n° 778, 24 mai 1954, p. 802.) (Marjorie Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 2, p. 806.)

L'Inde fit objection à la participation du Pakistan.

L'un des sous-secrétaires d'Etat aux affaires étrangères, M. Douglas Dodds-Parker, répondant à une partie d'une question qui concernait la participation du Pakistan aux accords de clémence, déclara:

“As regards Pakistan, the position is that Pakistan is entitled under international law to seek and be accorded the rights and obligations which attached to undivided India as a participant in the war against Japan. Pakistan is accordingly regarded for the purposes of the Peace treaty as having been represented on the International Military Tribunal for the Far East and, since she signed and ratified the Treaty, is entitled to participate in the Treaty’s procedures for granting clemency.” (528 HC Deb. (5th ser.), cols. 15-16 (24 May 1954.) (Whiteman, *op. cit.*, p. 806.)

In his article “Law of Treaties in the Contemporary Practice of India”, Upendra Baxi concludes that:

“The significance of these incidents lies in the implication that for some purposes, such as membership of a few international organisations, British India was held to mean both ‘India’ and ‘Pakistan’ and that these states were regarded as having ‘legally’ succeeded to British India.” (*Indian Year Book of International Affairs*, 1965, p. 166.)

The position of India and Pakistan has been summed up by Dr. Nagendra Singh in his Foreword to *Succession in International Law* by T. T. Poulouse:

“this is, perhaps, the only study which has attempted a detailed examination of the question of the personality of India prior to 1947. Pakistan was the first to raise this question at the United Nations and to claim that both India and Pakistan were ‘co-successors’ of the original international personality of India which disappeared in 1947. Somehow to this day, the exact nature of India’s original international personality, and the controversy that India and Pakistan are both successor States, have been allowed to remain shrouded in mystery. Dr. Poulouse has examined both these questions threadbare and evolved a new concept called plural succession. While the conclusions are entirely his own and one may not share his views, the conclusion is inescapable, that he has offered a meaningful explanation to these complicated questions which have some theoretical importance.”

Indian Independence (International Arrangements) Order 1947

8. After the passing of the Indian Independence Act and before the two Dominions came into existence, a Partition Council was set up which was composed of the representatives of the two future Dominions.

Expert Committee No. IX dealt with foreign relations. The terms of reference of the committee are given in the *Partition Proceedings* (Vol. III, see pp. 156 and 171):

«En ce qui concerne la situation du Pakistan, le Pakistan est, selon le droit international, en droit de demander et de se voir reconnaître les droits et obligations qui s'attachaient à l'Inde britannique en tant que participante à la guerre contre le Japon. Le Pakistan est en conséquence considéré aux fins du traité de paix comme ayant été représenté au Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient et, puisqu'il a signé et ratifié le traité, il est en droit de participer aux procédures prévues par le traité pour l'octroi de la clémence.» (528 H.C. Deb., 5^e série, 24 mai 1954; Whiteman, *op. cit.*, p. 806.)

Dans son article «Law of Treaties in the Contemporary Practice of India», Upendra Baxi conclut que :

«Ces incidents sont importants parce qu'ils montrent que, pour certaines fins, par exemple la participation à quelques organisations internationales, le nom Inde britannique était réputé désigner à la fois l'Inde et le Pakistan, et que ces Etats étaient considérés comme ayant «régulièrement» succédé à l'Inde britannique.» (*Indian Year Book of International Affairs*, 1965, p. 166.)

La situation de l'Inde et du Pakistan a été résumée par M. Nagendra Singh dans sa préface à l'ouvrage de T. T. Poulouze, *Succession in International Law* :

«C'est peut-être la seule étude où l'on ait tenté d'étudier en détail la question de la personnalité de l'Inde avant 1947. Le Pakistan a été le premier à soulever la question à l'Organisation des Nations Unies, en prétendant que l'Inde et le Pakistan étaient «cosuccesseurs» à la personnalité internationale originelle de l'Inde, disparue en 1947. Pour une raison ou une autre, la nature exacte de la personnalité internationale originelle de l'Inde et la question de savoir si l'Inde et le Pakistan sont tous deux des Etats successeurs, étaient restées, jusqu'à maintenant, voilées de mystère. M. Poulouze les a mises à nu en proposant une nouvelle notion, la «succession plurielle». Ces conclusions lui sont propres et on peut ne pas être de son avis, mais il est incontestable qu'il a offert une explication intéressante de ces questions complexes qui ne sont pas dépourvues d'importance théorique.»

*L'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde
(accords internationaux) de 1947*

8. Après l'adoption de l'*Indian Independence Act* et avant la naissance des deux dominions, une commission de partage composée des représentants des deux futurs dominions fut établie.

Le comité d'experts n° IX fut chargé des relations étrangères. Son mandat, tel qu'il figure dans les *Partition Proceedings* (vol. III, p. 156 et 171), était le suivant :

“To examine and make recommendations on the effect of partition — (i) on the relations of the successor Governments with each other, and with other countries (including the countries of British Commonwealth and border tribes).” (*I.C.J. Pleadings, Trial of Pakistani Prisoners of War*, p. 77.)

The Committee had before it the views expressed by Sir Dhiren Mitra (an Indian Jurist), then Solicitor to the Government of India on the rights and obligations of India and Pakistan under the existing treaties of the three categories namely:

- (a) treaties of exclusive interest to Pakistan,
- (b) treaties of exclusive interest to India, and
- (c) treaties of common interest, as quoted below.

“The Treaties falling under category (a) . . . will bind Pakistan and will not devolve upon the Dominion of India. The Afghan Treaties regarding boundaries run with the land and will bind Pakistan as the successor in interest in the territory effected. (For a discussion of similar questions, see Schwarzenberger, *International Law*, Vol. 1, p. 77.)

The Treaties falling under category (b) will of course devolve on the Dominion of India.

(c) Treaties of common interest to both will have effect as if the Treaty was effected after consultation between the Governments of the two Dominions in accordance with the procedure indicated in *McNair on Treaties*, page 70 (b).

Though the Dominion of India will continue the international personality of present India, according to my note, it does not follow that the Dominion of Pakistan will have no international personality of her own dating from the 15th August 1947. As a matter of fact, she will have such personality.”

This committee submitted its report which came up before a higher committee called the Steering Committee. The Steering Committee’s note on the juridical position regarding the international personality and its effect on international obligations appearing on page 291 of the *Partition Proceedings* reads:

“The attached note on the juridical position regarding the international personality of India and Pakistan and its effect on international obligations has been prepared by Mr. Patel and is based on a summary of the correspondence exchanged between the Secretary of State for India and His Excellency the Governor-General. Mr. Mohammed Ali [Pakistan] does not subscribe to the view set in it. He considers . . . that the present Government of India will disappear altogether as an entity and will be succeeded by two independent Dominions of equal international status both of whom will be eligible to lay claims to the rights and obligations of the

«Examiner les effets de la partition et faire des recommandations au sujet — i) des relations des gouvernements successeurs entre eux et avec les autres pays (y compris les pays du Commonwealth britannique et les tribus limitrophes).» (*C.I.J. Mémoires, Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, p. 77.)

Le comité avait reçu l'avis de sir Dhiren Mitra (juriste indien), alors conseiller du Gouvernement indien, sur les droits et obligations découlant pour l'Inde et le Pakistan des traités existants des trois catégories suivantes :

- a) traités intéressant exclusivement le Pakistan,
- b) traités intéressant exclusivement l'Inde,
- c) traités intéressant les deux Etats.

«Les traités de la catégorie a)... lieront le Pakistan et ne seront pas transmis au dominion de l'Inde. Les traités afghans relatifs aux frontières sont attachés à la terre et lieront le Pakistan en tant qu'Etat successeur aux intérêts sur le territoire concerné (on trouvera une analyse de questions similaires dans Schwarzenberger, *International Law*, vol. 1, p. 77).

Les traités qui relèvent de la catégorie b) seront bien entendu dévolus au dominion de l'Inde.

Les traités qui relèvent de la catégorie c). Les traités qui intéressent les deux Etats déploieront leurs effets comme s'ils étaient entrés en vigueur après consultation entre les gouvernements des deux dominions, conformément à la procédure indiquée dans l'ouvrage de McNair sur les traités, à la page 70 b).

Bien que le dominion de l'Inde soit, sur le plan international, continuateur de la personnalité juridique de l'Inde actuelle, comme il ressort de ma note, il ne s'ensuit pas que le dominion du Pakistan n'aura pas de personnalité juridique à compter du 15 août 1947. En fait, il sera doté d'une telle personnalité.»

Ce comité a soumis son rapport à l'examen d'un comité supérieur, intitulé comité directeur. La note du comité directeur sur la situation juridique concernant la personnalité internationale et ses effets sur les obligations internationales, figurant à la page 291 des *Partition Proceedings*, est ainsi conçue :

«La note ci-jointe sur la situation juridique relative à la personnalité internationale de l'Inde et du Pakistan et l'effet de celle-ci sur les obligations internationales a été rédigée par M. Patel et se fonde sur un résumé de la correspondance échangée entre le Secrétaire d'Etat aux affaires indiennes et S. Exc. le gouverneur général. M. Mohammed Ali [Pakistan], ne partage pas l'avis qui y est exposé. Il considère ... que le Gouvernement actuel de l'Inde disparaîtra complètement comme entité et qu'il aura pour successeurs deux dominions indépendants de statut international égal, et qui pourront tous les deux prétendre [succéder] aux droits et obligations du Gouverne-

present Government of India.” (*I.C.J. Pleadings, Trial of Pakistani Prisoners of War*, pp. 77, 78.)

This note was submitted to the Partition Council. On page 292 of the *Partition Proceedings* it is stated:

“Pakistan’s viewpoint was, however, that both Dominions should assume all international obligations and enjoy all rights arising out of treaties and agreements negotiated by the existing Government of India or by His Majesty’s Government acting on behalf of the Dominions overseas. The practical advantage of this course would be that Pakistan would not have to negotiate afresh in regard to such matters.”

9. Consequently, the Indian Independence (International Arrangements) Order 1947, was promulgated by the Governor-General of (British) India. The said Order provided, *inter alia*, that rights and obligations under international agreements having exclusive application to areas comprised by the Dominion of India shall devolve on India and, likewise, those having exclusive territorial application to areas comprising the Dominion of Pakistan shall devolve upon that dominion. Besides, such agreements to which India was a party immediately before the appointed day were to devolve upon both India and Pakistan and if necessary be apportioned between the two countries. Such treaties were listed in the *Partition Proceedings*. This list mentioned 627 treaties.

The International Law Association Handbook, entitled *The Effect of Independence on Treaties*, published by Stevens in 1965, contains the following statement on page 92:

“When India became independent in 1947, a list had been drawn up of 627 treaties, etc. binding on India. Of these, eleven affected India, exclusively, 191 affected Pakistan and 425 were of common interest. Professor Alexandrowicz, in his lectures at the Hague Academy, delivered in 1961, lists a large number of treaties made with the Indian Princes before Great Britain took over the territory, including some made by the East India Company. Very few of these treaties are included in the total number of 627, but this is not necessarily significant because . . . the International Court in the *Rights to Passage Case* [*I.C.J. Reports 1960*, p. 6] upheld the succession of both India and British India to a treaty between the Portuguese and the Marathas, which is not included in the list, nor did the list include the large number of treaties made by Princely States which subsisted until 1947. It may be that the actual lists should be greatly increased to include India’s succession to treaties made by the pre-British sovereigns on various parts of Indian territory.’

Thus the International Court of Justice recognized, in the *Right of*

ment actuel de l'Inde.» (*C.I.J. Mémoires, Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, p. 77 et 78.)

Cette note a été soumise à la commission de partage. A la page 292 des *Partition Proceedings*, on peut lire ce qui suit :

«L'avis du Pakistan est toutefois que les deux dominions devraient assumer toutes les obligations internationales et jouir de tous les droits découlant des traités et accords négociés par le Gouvernement actuel de l'Inde ou par le gouvernement de Sa Majesté pour le compte de ses dominions d'outre-mer. L'avantage pratique de cette solution serait que le Pakistan ne serait pas obligé d'ouvrir des négociations nouvelles dans ces domaines.»

9. En conséquence, l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux) fut promulguée par le gouverneur général de l'Inde (britannique) en 1947. Cette ordonnance disposait notamment que les droits et obligations découlant d'accords internationaux qui s'appliquaient exclusivement au territoire constituant le dominion de l'Inde seraient dévolus à l'Inde et, de même, que ceux dont l'application était limitée au territoire constituant le dominion du Pakistan seraient dévolus à ce dominion. En outre, les accords auxquels l'Inde était partie à la veille du jour fixé seraient dévolus à la fois à l'Inde et au Pakistan et, le cas échéant, répartis entre ces deux pays. Les *Partition Proceedings* contenaient une liste énumérant 627 de ces traités.

Le manuel de l'*International Law Association* intitulé *The Effect of Independence on Treaties* et publié par Stevens en 1965 contient le passage suivant (p. 92) :

«Lorsque l'Inde devint indépendante en 1947, une liste avait été dressée de 627 traités, etc. liant l'Inde. Sur ces traités, 11 concernaient l'Inde exclusivement, 191 concernaient le Pakistan et 425 intéressaient les deux pays. M. Alexandrowicz, dans son cours à l'Académie de la Haye en 1961, énumère un grand nombre de traités conclus avec les princes indiens avant que la Grande-Bretagne n'occupe le territoire, y compris certains traités conclus par la compagnie des Indes orientales. Un très petit nombre de ces traités figure dans le nombre total de 627, mais cela n'est pas nécessairement significatif parce que ... la Cour internationale de Justice, dans l'affaire du *Droit de passage* (*C.I.J. Recueil 1960*, p. 6) a confirmé que l'Inde et l'Inde britannique avaient toutes deux succédé à un traité conclu entre les Portugais et les Maharrattes, traité qui ne figure pas sur cette liste, et parce que la liste ne comprend pas non plus les nombreux traités conclus par les Etats princiers qui ont existé jusqu'en 1947. En réalité, il faudrait peut-être considérablement allonger la liste pour tenir compte de la succession de l'Inde aux traités conclus par des souverains de différentes régions du territoire indien avant l'ère britannique.»

Ainsi la Cour internationale de Justice a reconnu, dans l'affaire du

Passage case, that the list is not exhaustive, and upheld the succession of India and British India to a treaty not included in the list." (*I.C.J. Pleadings, Trial of Pakistani Prisoners of War*, pp. 84, 85.)

The list of treaties in Volume III was prepared in great haste and it did not include all the treaties binding on India and/or Pakistan. The General Act for the Pacific Settlement of Disputes of 1928 might have been inadvertently not included in the list but devolved upon India and Pakistan and both are bound by the said Act. Reference may also be made to the Indian Prime Minister's statement:

"Soon after independence, India notified all states with which she had treaty relations that she would continue to honour treaties. This is evidenced by Prime Minister Nehru's categorical statement in a letter to the Prime Minister of People's Republic of China (26 September 1959):

'When the British relinquished power and India attained freedom on 15th August, 1947, the new Government of India inherited the treaty obligations of undivided India. They wished to assure all countries with which the British government of undivided India had treaties and agreements that the new Government of India would abide by the obligations arising from them.'" (Upendra Baxi, "Law Treaties in the Contemporary Practice of India", *The Indian Year Book of International Affairs 1965*, pp. 171-172; *The Effect of Independence on Treaties*, International Law Association, 1965, p. 94.)

*Case of Yangtze, Decided by the Supreme Court of Pakistan,
Is Distinguishable*

10. Reliance was placed by Mr. Soli Sorabjee, Attorney-General of India, on *Messrs. Yangtze (London) Ltd. v. Barlas Brothers*, PLD 1961, SC 573 (CR 2000/2, p. 15).

India cited passages from the judgment of the Pakistan Supreme Court to show that under Clause 4 of the Indian Independence (International Arrangements) Order, 1947, Pakistan was not successor to all kinds of international agreements entered into by or on behalf of British India.

First, the case pertained to a foreign award given by the London Court of Arbitration which was sought to be enforced in Pakistan under the Arbitration (Protocol and Convention) Act, 1937.

Secondly, that the Supreme Court had held that the conditions laid down in that Act for the enforcement of the award had not been fulfilled.

Droit de passage, que cette liste n'est pas exhaustive, et elle a confirmé la succession de l'Inde et de l'Inde britannique à un traité qui n'y figurait pas.» (*C.I.J. Mémoires, Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, p. 84 et 85.)

La liste des traités contenue dans le volume III a été dressée en toute hâte, et elle ne comprenait pas tous les traités liant l'Inde ou le Pakistan, ou les deux pays à la fois. Peut-être l'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends a-t-il été omis par inadvertance, mais il n'en a pas moins été dévolu à l'Inde et au Pakistan, et tous deux sont liés par l'Acte. On peut aussi citer la déclaration suivante du premier ministre indien :

« Peu après l'indépendance, l'Inde a adressé à tous les Etats avec lesquels elle avait des relations conventionnelles une notification disant qu'elle continuerait à appliquer les traités. C'est ce que prouve l'affirmation catégorique du premier ministre Nehru dans une lettre au premier ministre de la République populaire de Chine (26 septembre 1959) :

« Lorsque les Britanniques se retirèrent et que l'Inde accéda à la liberté le 15 août 1947, le nouveau Gouvernement de l'Inde hérita des obligations conventionnelles de l'Inde d'avant la partition. Il tint à assurer à tous les pays avec lesquels le Gouvernement britannique de l'Inde d'avant la partition était liée par des traités et des arrangements que le nouveau Gouvernement indien respecterait les obligations en découlant. » (Upendra Baxi, « Law Treaties in the Contemporary Practice of India », *The Indian Year Book of International Affairs*, 1965, p. 171 et 172; *The Effect of Independence on Treaties*, *International Law Association*, 1965, p. 94.)

L'affaire Yangtze, jugée par la Cour suprême du Pakistan, présente un caractère différent

10. M. Soli Sorabjee, *Attorney General* de l'Inde, a invoqué l'affaire *Messrs. Yangtze (London) Ltd. v. Barlas Brothers*, PLD 1961, SC 573 (CR 2000/2, p. 15).

L'Inde a cité des extraits de l'arrêt de la Cour suprême du Pakistan pour montrer que, en vertu de l'article 4 de l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux) de 1947, le Pakistan ne succédait pas à toutes les catégories d'arrangements internationaux conclus par l'Inde britannique ou en son nom.

Premièrement, cette affaire se rapportait à une sentence étrangère rendue par la Cour d'arbitrage de Londres, et dont le Pakistan demandait l'exécution en vertu de l'acte d'arbitrage (protocole et convention) de 1937.

Deuxièmement, la Cour suprême a jugé que les conditions fixées par l'acte d'arbitrage pour l'exécution de la sentence n'avaient pas été remplies.

The Court in the same Judgment further observed as follows:

“In matters pertaining to international arrangements, the courts should act in aid of the executive authority and should neither say nor do anything which might cause embarrassment to that authority in the conduct of its international relations. Thus if the notification contemplated under the Act had been issued, the national court would have been bound to hold that the conditions prescribed for treating an award as a foreign award had been fulfilled and would not have been entitled to go behind the notification and investigate whether reciprocal provisions did in fact also exist in the notified country.” (*I.C.J. Pleadings, Trial of Pakistani Prisoners of War*, p. 94.)

The Supreme Court of Pakistan was dealing with the Arbitration (Protocol and Convention) Act 1937 and made observations in the nature of *obiter dicta* about the Indian Independence (International Arrangements) Order, 1947. The matter was between private parties. In any case, dealing with such an issue, notice ought to have been issued by the Court to the Attorney-General under O27A R 1 of Civil Procedure Code and Order XXIX, rule 1, of the Supreme Court Rules. In the absence of such notice, validity of the decision of the Court is open to question. In the case of *Sherpao*, PLD 1992, SC 723, it was held that non-compliance of the provisions of notice renders proceedings defective.

11. In the later decision, *Superintendent, Land Customs (Khyber Agency) v. Zewar Khan*, PLD 1969, SC 485, the Supreme Court, wherein the appellant was represented by the Attorney-General (Pirzada) held as under:

“In International Law too Pakistan was accepted and recognised as a successor Government and the inheritor of his Majesty’s Government in the United Kingdom. This was made abundantly clear by the following statement of the then Secretary of State for Commonwealth Relations, made in the British House of Commons on the 30th June 1950:

‘It is His Majesty’s Government view that Pakistan is in international law the inheritor of the rights and duties of the old Government of India and of His Majesty’s Government in the United Kingdom, in these territories and that the Durand Line is the international frontier.’

This was followed in 1956 by a statement of Sir Anthony Eden, the then Prime Minister of the United Kingdom to the following effect:

‘In 1947, Pakistan came into existence as a new sovereign independent member of the Commonwealth. The British Government regard her as having, with full consent of the overwhelming majority of the Pushto-speaking peoples concerned both in the admin-

Dans le même arrêt, la Cour a ensuite déclaré ce qui suit :

« Dans les matières qui touchent aux arrangements internationaux, les tribunaux doivent agir de façon à aider le pouvoir exécutif et ils doivent s'abstenir de dire ou de faire tout ce qui peut risquer d'embarrasser ce pouvoir dans la conduite de ses relations internationales. Ainsi, si la notification envisagée dans l'acte avait été faite, le tribunal national aurait été tenu de décider que les conditions prescrites pour traiter une sentence comme une sentence étrangère avaient été remplies, et il n'aurait pas eu le droit d'aller plus loin et de rechercher s'il existait en fait aussi des conditions de réciprocité dans le pays destinataire de la notification. » (*C.I.J. Mémoires, Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, p. 94.)

La Cour suprême du Pakistan, en examinant l'acte d'arbitrage (protocole et convention) de 1937, a fait, au sujet de l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux) de 1947, des observations de caractère purement incident. Le litige opposait des particuliers. De toute façon, à propos d'une telle question, la Cour aurait dû notifier l'*Attorney General* en vertu de l'article O27A R 1 du Code de procédure civile et de l'article 1 du règlement de la Cour suprême (ordonnance XXIX). A défaut d'une telle notification, la validité de la décision de la Cour est contestable. Dans l'affaire *Sherpao*, PLD 1992, SC 723, il a été jugé en effet que l'inobservation des dispositions relatives à la notification a pour effet de vicier la procédure.

11. Dans une affaire plus récente, celle du *Superintendant des douanes (Khyber Agency) v. Zewar Khan*, PLD 1969, SC 485, la Cour suprême, devant laquelle le requérant était représenté par l'*Attorney General* (Pirzada), a déclaré ce qui suit :

« En droit international aussi, le Pakistan était accepté et reconnu comme gouvernement successeur et héritier du gouvernement de Sa Majesté britannique. Cela ressort à l'évidence de la déclaration suivante faite le 30 juin 1950 par le secrétaire d'Etat aux relations avec le Commonwealth de l'époque, devant la Chambre des communes du Royaume-Uni :

« C'est l'avis du gouvernement de Sa Majesté que le Pakistan est, en droit international, l'héritier des droits et des obligations de l'ancien Gouvernement de l'Inde et du gouvernement de Sa Majesté britannique dans ces territoires, et que la Ligne Durand constitue la frontière internationale. »

Cette déclaration a été suivie en 1956 d'une déclaration de sir Anthony Eden, premier ministre du Royaume-Uni, dans laquelle celui-ci disait :

« En 1947, le Pakistan a vu le jour en tant que nouveau membre indépendant et souverain du Commonwealth. Le Gouvernement britannique le considère comme ayant, avec le plein consentement de la majorité écrasante des peuples de langue pushto concernés

istered and non-administered areas, succeeded to the exercise of the powers formerly exercised by the Crown in the Indian North-West Frontier of the subcontinent.” (*The All Pakistan Legal Decisions*, 1969 (Vol. XXI), pp. 508, 509 SC.)

Both Judgments (1961 and 1969) were written by Justice Hamoodur Rahman. In 1969 he was the Chief Justice of Pakistan. India’s contention on the basis of the judgment of the Supreme Court of Pakistan in the *Yangtze* case is untenable.

12. I am therefore of the opinion that by virtue of the Indian Independence Act and the Indian Independence (International Arrangements) Order of 1947, British India was divided into two independent States, India and Pakistan, and both were successor States and that the Pacific Settlement of International Disputes, the General Act of 1928 devolved upon and continues to apply to India and Pakistan.

*

INDIA AND PAKISTAN — 1947 TO 1999

Estoppel

13. In June 1947, when British India was to be partitioned and two independent Dominions — India and Pakistan — were to be established, the British Government considered questions about judicial forums to deal with the various problems arising out of partition and also with the demarcation of the boundaries of the two States. The British Foreign Office examined the issues whether the matters could be referred to the International Court of Justice. Reference to the Court was ruled out for the following reasons:

- (a) Boundaries in such a case are not a question of international law to which the Court is confined.
- (b) The Court can only decide disputes “between Parties already recognized internationally as States” (*The Transfer of Power*, H.M. Stationery Office, Vol. XI, No. 71, p. 135.)

Eventually it was decided to establish an Arbitral Tribunal to deal with the problems arising out of partition. Mr. Jinnah (Pakistan) suggested that the Chairman of the Arbitral Tribunal should be a member of the Judicial Committee of the Privy Council. Pandit Nehru (India) suggested that three Judges of the Federal Court of British India should constitute the Arbitral Tribunal (*ibid.*, p. 328). In the end there was agreement that the Arbitral Tribunal should be composed of Sir Patrick Spens as Chairman and two High Court Judges, one Muslim and one Hindu, as members (*ibid.*, p. 853).

tant dans les régions administrées que les régions non administrées, succédé à l'exercice des pouvoirs exercés antérieurement par la Couronne sur la frontière indienne nord-ouest du sous-continent.» (*The All Pakistan Legal Decisions*, 1969 (vol. XXI), p. 508 et 509 SC.)

Ces deux arrêts (celui de 1961 et celui de 1969) ont été rédigés par M. Hamoodur Rahman qui, en 1969, était *Chief Justice* du Pakistan. L'argument indien tiré de l'arrêt de la Cour suprême du Pakistan dans l'affaire *Yangtze* ne tient pas.

12. Je suis donc d'avis que, en vertu de l'*Indian Independence Act* et de l'ordonnance relative à l'indépendance de l'Inde (accords internationaux) de 1947, l'Inde britannique a été divisée en deux Etats indépendants, l'Inde et le Pakistan, que tous deux étaient Etats successeurs, et que l'Acte général de 1928 sur le règlement pacifique des différends internationaux a été dévolu à l'Inde et au Pakistan et continue de s'appliquer à leur égard.

*

INDE ET PAKISTAN — 1947 À 1999

Estoppel

13. En juin 1947, alors que l'Inde britannique était sur le point d'être divisée et que deux dominions indépendants, l'Inde et le Pakistan, étaient sur le point d'être créés, le Gouvernement britannique a examiné la question de savoir quelles juridictions régleraient les divers problèmes résultant de la partition ainsi que la question de la délimitation des frontières des deux Etats. Le Foreign Office britannique a examiné si ces questions pourraient être soumises à la Cour internationale de Justice. La saisine de la Cour a été écartée pour les raisons suivantes :

- a) la question des frontières dans ce cas n'est pas une question de droit international, seul type de questions à l'égard desquelles la Cour est compétente;
- b) la Cour ne peut trancher que les différends «entre Parties déjà reconnues sur le plan international comme des Etats» (*The Transfer of Power*, *H.M. Stationery Office*, vol. XI, n° 71, p. 135).

En fin de compte, il fut décidé de constituer un tribunal arbitral chargé de régler les problèmes résultant de la partition. M. Jinnah (Pakistan) suggéra que le président du tribunal arbitral soit choisi parmi les membres de la commission judiciaire du *Privy Council*. Le Pandit Nehru (Inde) suggéra que trois juges de la Cour fédérale de l'Inde britannique constituent le tribunal arbitral (*ibid.*, p. 328). Finalement, il fut convenu que le tribunal arbitral serait constitué de sir Patrick Spens, président, et de deux juges de la Haute Cour, un Musulman et un Hindou (*ibid.*, p. 853).

So far as demarcation of boundaries was concerned, a Tribunal consisted of five members, two from India, two from Pakistan, and Sir Cyril Radcliffe as Chairman. India and Pakistan, both, were dissatisfied with the awards, but accepted them.

14. On 23 June 1948 an Agreement relating to air services was signed between India and Pakistan. Article XI, paragraphs (A) and (B), provide:

- “(A) If any dispute arises between the Contracting Parties relating to the interpretation or application of the present Agreement, the Contracting Parties shall in the first place endeavour to settle it by negotiation between themselves.
- (B) If the Contracting Parties fail to reach a settlement by negotiation,
 - (i) they may agree to refer the dispute for decision to an arbitral tribunal appointed by agreement between them or to some other person or body; or
 - (ii) if they do not so agree or if, having agreed to refer the dispute to an arbitral tribunal, they cannot reach agreement as to its composition, either Contracting Party may submit the dispute for decision to any tribunal competent to decide it which may hereafter be established within the International Civil Aviation Organization or, if there is no such tribunal, to the council of the said Organization, or failing that, to the International Court of Justice.” (United Nations, *Treaty Series*, Vol. 28, 1949, I, No. 423, p. 158.)

At that time, both were Dominions and members of the Commonwealth, but it was agreed that the dispute could be referred to the International Court of Justice if no forum is available.

15. In 1950, Mr. Liaquat Ali Khan, the former Prime Minister of Pakistan urged India to refer the Canal Water Dispute to the International Court of Justice. He said:

“Under the Optional Clause the Government of India have agreed to accept the jurisdiction of the International Court on the application of countries which are not members of the Commonwealth. *The exception doubtless contemplated that there would be Commonwealth machinery equally suited to the judicial settlement of disputes. While such Commonwealth machinery is lacking it would be anomalous to deny to a sister member of the British Commonwealth the friendly means of judicial settlement that is offered by India to countries outside the Commonwealth.*” (Letter dated 23 August 1950 from Mr. Liaquat Ali Khan to Shri Nehru.) (R. P. Anand, *Compul-*

En ce qui concerne la délimitation des frontières, un tribunal fut constitué de cinq membres, deux Indiens, deux Pakistanais et le président sir Cyril Radcliffe. L'Inde et le Pakistan, bien que tous deux mécontents des sentences rendues, les acceptèrent.

14. Le 23 juin 1948, un accord sur les services aériens fut signé entre l'Inde et le Pakistan. Les paragraphes A) et B) de son article XI disposent ce qui suit :

- «A) Si un différend s'élève entre les Parties contractantes quant à l'interprétation ou l'application du présent accord, les Parties contractantes s'efforceront en premier lieu de le régler par voie de négociation entre elles.
- B) Au cas où les Parties contractantes ne parviendraient pas à un règlement par voie de négociation,
 - i) elles pourront convenir de soumettre le différend à la décision d'un tribunal arbitral qu'elles désigneront d'un commun accord ou à la décision d'une autre personne ou d'un autre organisme; ou
 - ii) si elles ne se mettent pas d'accord ou si, ayant convenu de soumettre le différend à un tribunal arbitral, elles ne peuvent se mettre d'accord quant à la composition de ce tribunal, chacune d'elles pourra soumettre le différend à la décision d'un tribunal compétent en la matière qui pourra par la suite être créé au sein de l'Organisation de l'aviation civile internationale ou, s'il n'existe pas de tribunal de cet ordre, au conseil de ladite organisation ou, à défaut, à la Cour internationale de Justice.» (Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 28, 1949, I, n° 423, p. 158.)

A l'époque, tous deux étaient des dominions et tous deux étaient membres du Commonwealth, mais il fut convenu que le différend pourrait être soumis à la Cour internationale de Justice à défaut d'une autre juridiction.

15. En 1950, M. Liaquat Ali Khan, ancien premier ministre du Pakistan, pressa l'Inde de soumettre à la Cour internationale de Justice le différend relatif aux eaux des canaux. Il déclara :

«En vertu de la clause facultative, le Gouvernement indien est convenu d'accepter la juridiction de la Cour internationale à la requête des pays qui ne sont pas membres du Commonwealth. Cette exception répondait sans aucun doute à l'idée qu'il y aurait au sein du Commonwealth un mécanisme équivalent pour le règlement judiciaire des différends. Tant que ce mécanisme n'existe pas, il serait injuste [que l'Inde refuse] à un Etat frère membre du Commonwealth britannique les moyens amicaux de règlement judiciaire qu'elle offre à des pays n'appartenant pas au Commonwealth.» (Lettre du 23 août 1950 adressée par M. Liaquat Ali Khan à Shri Nehru; R. P. Anand,

sory Jurisdiction of the International Court of Justice, p. 239; emphasis added.)

“though India admitted her Canal Water dispute with Pakistan to be a justiciable dispute, she preferred to refer the dispute in the first place to a tribunal consisting of two judges from India and two judges from Pakistan. If such tribunal came to be deadlocked, she proposed to settle those parts of the dispute which would not be finally decided through negotiations, and failing that, to submit them to arbitration or even to the International Court of Justice.” (Letter dated 27 October 1950, from Mr. Nehru, Prime Minister of India, to the Pakistan Prime Minister.) (*Ibid.*, p. 255.)

16. In 1952 when a disagreement arose between India and Pakistan concerning the interpretation or application of the Chicago Convention, India brought it to the ICAO Council. The matter was ultimately settled by negotiation between the parties (*The Canadian Year Book of International Law*, 1974, p. 136).

17. India and Pakistan signed an Agreement on 23 October 1959. Clause 8 thereof reads as follows:

“It was agreed that all outstanding boundary disputes on the East Pakistan-India and West Pakistan-India border raised so far by either country should be referred to an impartial tribunal consisting of three members, for settlement and implementation of that settlement by demarcation on the ground and by exchange of territorial jurisdiction, if any. Any dispute which may have been referred to the tribunal can be withdrawn by mutual agreement.” (*The Indian Journal of International Law*, Vol. I, 1960-1961, p. 137.)

18. In or about 1960 the Indus Water Dispute resulted in a Treaty between India and Pakistan through mediation of the President of the World Bank.

19. In 1965 a dispute arose between India and Pakistan over Rann of Kutch. On 18 August 1965 the Prime Minister of India stated in the Lok Sabha:

“Although we were quite sure that the boundary was already well-settled and the only question that remained was that of demarcation, Pakistan contested that position. Therefore, the situation had to be resolved by negotiations and, failing that, by the verdict of an impartial tribunal.” (R. P. Anand, *Studies in International Adjudication*, p. 223.)

Eventually, an International Tribunal was established. India nominated Ambassador Ales Bebler, judge of the Constitutional Court of Yugoslavia, and Pakistan nominated Ambassador Nasrollah Entezam of Iran and a former President of the United Nations General Assembly. As

Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice, p. 239; les italiques sont de moi.)

« Bien que l'Inde reconnaisse que le différend qui l'oppose au Pakistan au sujet des eaux des canaux est justiciable, elle préfère le soumettre d'abord à un tribunal constitué de deux juges indiens et de deux juges pakistanais. Si ce tribunal ne parvenait pas à rendre une décision, elle propose de régler par voie de négociation les parties du différend qui n'auraient pas été tranchées de façon définitive et, en cas d'échec, de les soumettre à l'arbitrage ou même à la Cour internationale de Justice. » (Lettre du 27 août 1950 adressée par M. Nehru, premier ministre de l'Inde, au premier ministre du Pakistan; *ibid.*, p. 255.)

16. En 1952, lorsqu'un différend surgit entre l'Inde et le Pakistan concernant l'interprétation et l'application de la convention de Chicago, l'Inde le porta devant le Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale. La question fut finalement réglée par négociation entre les parties (*The Canadian Year Book of International Law*, 1974, p. 136).

17. L'Inde et le Pakistan signèrent le 23 octobre 1959 un accord dont le paragraphe 8 est ainsi conçu :

« Il a été convenu que tous les différends frontaliers non réglés sur la frontière séparant le Pakistan oriental et l'Inde et la frontière séparant le Pakistan occidental et l'Inde, qui ont jusqu'ici été soulevés par l'un ou l'autre pays seront soumis à un tribunal impartial composé de trois membres, pour règlement et pour exécution de ce règlement par démarcation sur le terrain et échange de juridiction territoriale le cas échéant. Tout différend qui aura pu être soumis au tribunal pourra être retiré d'un commun accord. » (*The Indian Journal of International Law*, vol. 1, 1960-1961, p. 137.)

18. Vers 1960, le différend relatif aux eaux de l'Indus aboutit à un traité que l'Inde et le Pakistan conclurent grâce à la médiation du président de la Banque mondiale.

19. En 1965, un différend surgit entre l'Inde et le Pakistan au sujet de Rann de Kutch. Le 18 août 1965, le premier ministre indien déclara devant la Lok Sabha :

« Alors que nous étions bien sûrs que la frontière était déjà fixée et que la seule question restante était celle de la démarcation, le Pakistan a contesté cette position. Aussi faudra-t-il régler le problème par voie de négociation et, à défaut, par le recours à un tribunal impartial. » (R. P. Anand, *Studies in International Adjudication*, p. 223.)

Un tribunal international fut finalement constitué. L'Inde désigna S. Exc. M. Ales Bebler, juge de la Cour constitutionnelle yougoslave, et le Pakistan désigna S. Exc. M. Nasrollah Entezam, ambassadeur d'Iran, et un ancien président de l'Assemblée générale des Nations Unies. Les deux

the two Governments failed to agree on the selection of the Tribunal Chairman, the United Nations Secretary-General, at the request of the two Governments, nominated Judge Gunnar Lagergren, President of the Court of Appeal for Western Sweden, as Chairman (Anand, *op. cit.*, p. 225).

In 1968 the Tribunal gave its award. India and Pakistan, though dissatisfied thereby, accepted the award.

20. In September 1965 there was war between India and Pakistan. The Security Council brought about cease-fire. On 10 January 1966, India and Pakistan signed the Tashkent Declaration in the presence of the *Soviet Premier who mediated between them.*

21. On and from 4 February 1971 India suspended overflights of Pakistan civil aircrafts over Indian territory which disrupted the vital airlink between West and East Pakistan. On 3 March 1971 Pakistan filed a complaint against India before the Council of the International Civil Aviation Organisation for the alleged breach of the 1944 Chicago Convention on International Air Services Transit Agreement. India raised preliminary objection as to the jurisdiction of the ICAO to entertain the complaint. Oral hearings took place on 29 July 1971; Palkhiwala appeared for India and Pirzada represented Pakistan. The objection raised by India was overruled. On or about 30 August 1971 India filed an Appeal before this Court. Pakistan raised preliminary objection as to the jurisdiction of the Court to entertain the Appeal. Oral hearings took place in June and on 7 July 1972. The Court, by its Order, held that the Court had jurisdiction to entertain the Appeal and that the ICAO Council was competent to entertain Pakistan's complaint. Before Council could go into merits, the Parties held negotiations and the complaint was not pursued. (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 46.*)

22. On 11 May 1973 Pakistan filed an Application before the Court regarding Prisoners of War under the Convention on Genocide and the General Act for Pacific Settlement of International Disputes 1928, *inter alia*, on the following grounds:

“On 21 November 1971, taking advantage of the international situation in East Pakistan, and acting in breach of her obligations under the United Nations Charter, the Government of India launched direct armed attacks against Pakistan's Eastern Province. These armed attacks continued to mount until Pakistan was forced to take measures in self-defence. The fighting spread to West Pakistan and resulted in a state of war between India and Pakistan on 3 December 1971. India notified the existence of a state of war to Pakistan through the Government of Switzerland on 4 December 1971.

.....

gouvernements n'ayant pas réussi à s'entendre sur le choix du président du tribunal, le Secrétaire général des Nations Unies, à leur demande, nomma comme président M. Gunnar Lagergren, président de la Cour d'appel de la Suède occidentale (Anand, *op. cit.*, p. 225).

En 1968, le tribunal rendit sa sentence, que l'Inde et le Pakistan acceptèrent, bien qu'ils en fussent mécontents.

20. En septembre 1965, la guerre éclata entre l'Inde et le Pakistan. Le Conseil de sécurité imposa un cessez-le-feu et, le 10 janvier 1966, l'Inde et le Pakistan signèrent la déclaration de Tashkent en présence du *premier ministre soviétique qui leur avait servi de médiateur*.

21. A partir du 4 février 1971, l'Inde suspendit les survols du territoire indien par les appareils civils pakistanais, ce qui interrompit les relations aériennes vitales entre le Pakistan occidental et le Pakistan oriental. Le 3 mars 1971, le Pakistan déposa une plainte contre l'Inde devant le Conseil de l'aviation civile internationale en alléguant une violation de la convention de Chicago de 1944 relative à l'aviation civile internationale et de l'accord relatif au transit des services aériens internationaux. L'Inde souleva une exception préliminaire à la compétence de l'Organisation de l'aviation civile internationale pour connaître de la plainte. Une audience eut lieu le 29 juillet 1971, à laquelle M. Palkhiwala représenta l'Inde et M. Pirzada représenta le Pakistan. L'exception soulevée par l'Inde fut rejetée. Vers le 30 août 1971, l'Inde interjeta appel devant la Cour internationale de Justice. Le Pakistan opposa une exception préliminaire à la compétence de la Cour. Des audiences eurent lieu au mois de juin et le 7 juillet 1972. La Cour, dans son arrêt, décida qu'elle avait compétence pour connaître de l'appel de l'Inde et que le Conseil de l'OACI avait compétence pour connaître de la plainte du Pakistan. Avant que le Conseil ait pu examiner la question au fond, les parties tinrent des négociations et la plainte fut retirée (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 46).

22. Le 11 mai 1973, le Pakistan déposa devant la Cour une requête concernant des prisonniers de guerre, en vertu de la convention sur le génocide et de l'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux; il invoquait *notamment* les motifs suivants:

«Le 21 novembre 1971, profitant de la situation intérieure qui existait au Pakistan oriental et agissant en violation des obligations qui lui incombent en vertu de la Charte des Nations Unies, le Gouvernement indien a lancé des attaques armées directes contre la province orientale du Pakistan. Ces attaques armées n'ont cessé de s'intensifier jusqu'à ce que le Pakistan soit contraint de prendre des mesures de légitime défense. Les hostilités se sont étendues au Pakistan occidental et ont provoqué l'apparition d'un état de guerre entre l'Inde et le Pakistan le 3 décembre 1971. L'Inde a notifié cet état de guerre au Pakistan par l'intermédiaire du Gouvernement suisse le 4 décembre 1971.

.

On 16 December 1971, India made a cease-fire call which was accepted by Pakistan and hostilities ceased at 14.30 hours GMT on 17 December 1971. The Security Council of the United Nations took cognizance of the matter on 21 December 1971.

.....

In January 1972, the over 92,000 Pakistani prisoners of war and civilian internees, who were under Indian custody, were transferred to Prisoner of War Camps in India." (Application of Pakistan to the International Court of Justice dated 11 May 1973, *I.C.J. Pleadings, Trial of Pakistani Prisoners of War*, pp. 3, 4.)

On 24 June 1973 India, in its communication to the Court, *inter alia*, pleaded:

"Attention, in this respect, is also invited to Article 1, clause (ii), of the Simla Agreement 1972, which was signed by the President of Pakistan and the Prime Minister of India on 2 July 1972 and, after having been considered by representative Assemblies of the two countries, was ratified and is in force. This clause provides 'that the two countries are resolved to settle their differences by peaceful means through bilateral negotiations *or by any other peaceful means mutually agreed upon between them*' (emphasis added [in original]). In so far as the repatriation of prisoners of war and civilian internees is concerned, Article 6 of the Simla Agreement does provide for negotiations between the countries concerned to settle the related questions. *The subject-matter of Pakistan's Application must, therefore, be considered and resolved in conformity with the provisions of the Simla Agreement and in consultation with the parties concerned.* No bilateral or trilateral negotiations have yet taken place on the subject-matter of Pakistan's Application." (*Ibid.*, p. 149; second emphasis added.)

In the said communication, India raised pleas, *inter alia*, that the General Act of 1928 is not in force, and assuming that the Act of 1928 is still in force, Pakistan is not a party thereto. India did not appear before the Court, but in view of India's communication of 24 June 1973, the Attorney-General of Pakistan (Mr. Yahya Baktiyar) made detailed submissions about the devolution of the General Act of 1928 on India and Pakistan (Third Public Sittings, 26 June 1973).

Subsequently, negotiations took place between India and Pakistan and the Application was withdrawn by Pakistan (*Trial of Pakistani Prisoners of War, Order of 15 December 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 348).

23. On 30 May 1974, Mr. Z. A. Bhutto, the Prime Minister of Pakistan filed a declaration with the United Nations Secretary-General in view of India's objections to the 1928 Act in the case concerning *Trial of Pakistani Prisoners of War*.

Le 16 décembre 1971, l'Inde a invité le Pakistan à conclure un cessez-le-feu et le Pakistan a accepté; les hostilités ont donc pris fin le 17 décembre 1971 à 14 h 30 (heure moyenne de Greenwich). Le Conseil de sécurité des Nations Unies en a été informé le 21 décembre 1971.

En janvier 1972, les prisonniers de guerre et les internés civils pakistanais détenus par l'Inde, au nombre de plus de 92 000, ont été transférés en Inde dans des camps de prisonniers de guerre...» (Requête du Pakistan à la Cour internationale de Justice en date du 11 mai 1973, *C.I.J. Mémoires, Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, p. 3 et 4.)

Le 24 juin 1973, l'Inde, dans sa communication à la Cour, fit valoir notamment ce qui suit:

«A cet égard, nous appelons aussi l'attention sur l'alinéa ii) de l'article 1 de l'accord de Simla de 1972, qui a été signé par le président du Pakistan et par le premier ministre de l'Inde le 2 juillet 1972 et qui, après avoir été examiné par les assemblées représentatives des deux pays, a été ratifié et est entré en vigueur. Cet alinéa dispose «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» [les italiques figurent dans le texte original]. En ce qui concerne le rapatriement des prisonniers de guerre et des détenus civils, l'article 6 de l'accord de Simla prévoit des négociations entre les pays concernés pour régler ces questions. *L'objet de la requête du Pakistan doit donc être examiné et résolu en conformité avec les dispositions de l'accord de Simla, et en consultation avec les parties concernées.* Il n'y a pas eu jusqu'ici de négociations bilatérales ou trilatérales concernant l'objet de la requête du Pakistan.» (*Ibid.*, p. 149; les deuxièmes italiques sont de moi.)

Dans cette communication, l'Inde fit valoir, notamment, que l'Acte général de 1928 n'était plus en vigueur et que, à supposer qu'il le fût, le Pakistan n'y était pas partie. L'Inde ne comparut pas devant la Cour mais, compte tenu de la communication indienne du 24 juillet 1973, l'*Attorney General* du Pakistan (M. Yahya Baktiyar) fit un exposé détaillé sur la dévolution de l'Acte général de 1928 à l'Inde et au Pakistan (troisième séance publique, 26 juin 1973).

Ultérieurement, des négociations eurent lieu entre l'Inde et le Pakistan, et le Pakistan retira sa requête (*Procès de prisonniers de guerre pakistanais, ordonnance du 15 décembre 1973, C.I.J. Recueil 1973*, p. 348).

23. Le 30 mai 1974, M. Z. A. Bhutto, premier ministre du Pakistan, déposa auprès du Secrétaire général des Nations Unies une déclaration répondant aux exceptions soulevées par l'Inde dans l'affaire du *Procès de prisonniers de guerre pakistanais* concernant l'Acte de 1928. Cette déclaration précisait:

- (a) That Pakistan has been a separate party to the General Act of 1928 from the date of its Independence, i.e., 14 August 1947;
- (b) In order to dispel all doubts, Pakistan notified that it continues to be bound by the accession of British India of the General Act of 1928.

24. To counter the above declaration of Pakistan and in view of the pleas raised by Pakistan in the Court in the case concerning *Trial of Pakistani Prisoners of War*, in September 1974 India sent three communications to the United Nations Secretary-General; (i) contesting the position taken by Pakistan in the letter of 30 May 1974, (ii) the so-called Commonwealth reservation and (iii) India's assertions regarding the General Act of 1928.

The circumstances in which Pakistan left the Commonwealth in 1972 are well known. India added the words "has been a member of the Commonwealth of Nations" in its reservation in September 1974. This was obviously an arbitrary and discriminatory act aimed at Pakistan.

The Simla Agreement and the Lahore Declaration

25. The Simla Agreement (2 July 1972) and the Lahore Declaration (21 February 1999) reinforce the applicability of principles and purposes of the United Nations Charter. Paragraph 1 of Article 1 of the Charter makes it incumbent upon the parties to bring about by peaceful means, and *in conformity with the principles of justice and international law*, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of peace.

It must also be noticed and noted that the Lahore Declaration was signed by India in February 1999 after the Indian communication of 18 September 1974.

The terms "any other peaceful means mutually agreed upon between them", in the Simla Accord, in their ordinary and natural meaning refer to any means for peaceful settlement whether in a bilateral treaty agreed upon before 2 July 1972 or which may have been available by agreement after that date. Chapter II of the General Act for peaceful settlement "already agreed upon" by both the Parties before 2 July 1972 creates mutually binding obligations between them and the procedure under Article 17 of the General Act of 1928 is available. India and Pakistan have become Parties to several multilateral treaties since 2 July 1972, and all means for peaceful settlement of disputes stated therein are binding.

The interpretation put by India on the words in the Simla Accord and the Lahore Declaration is restrictive, narrow and unreasonable.

26. It is clear that between 1947 and 1999 India and Pakistan settled their disputes (i) by negotiations, (ii) through mediation of third parties, (iii) through arbitral or judicial tribunals, (iv) had agreed to have access

- a) que le Pakistan était de façon indépendante partie à l'Acte général de 1928 à compter de la date de son indépendance, c'est-à-dire le 14 août 1947;
- b) que, pour dissiper tout doute, le Pakistan notifiait qu'il continuait d'être lié par l'adhésion de l'Inde britannique à l'Acte général de 1928.

24. Pour répondre à cette déclaration du Pakistan, et compte tenu des arguments présentés par le Pakistan à la Cour dans l'affaire du *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, l'Inde envoya en septembre 1974 trois communications au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies: i) contestant la position prise par le Pakistan dans sa lettre du 30 mai 1974, ii) concernant la réserve dite «réserve Commonwealth», et iii) exposant la thèse de l'Inde au sujet de l'Acte général de 1928.

Les circonstances dans lesquelles le Pakistan a quitté le Commonwealth en 1972 sont bien connues. L'adjonction par l'Inde à sa réserve des mots «ou a été membre du Commonwealth de nations», en septembre 1974, était de toute évidence un acte arbitraire et discriminatoire dirigé contre le Pakistan.

L'accord de Simla et la déclaration de Lahore

25. L'accord de Simla (2 juillet 1972) et la déclaration de Lahore (21 février 1999) confirment l'applicabilité des principes et objectifs de la Charte des Nations Unies. Le paragraphe 1 de l'article 1 de la Charte fait obligation aux parties de réaliser, par des moyens pacifiques, et *conformément aux principes de la justice et du droit international*, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations internationales susceptibles de mener à une rupture de la paix.

Il faut aussi relever que la déclaration de Lahore a été signée par l'Inde en février 1999, après la communication de l'Inde du 18 septembre 1974.

Les termes «tous autres moyens pacifiques dont ils pourront convenir» figurant dans l'accord de Simla, dans leur sens ordinaire et naturel, désignent tout moyen de règlement pacifique convenu par traité bilatéral avant le 2 juillet 1972, ou accepté d'un commun accord après cette date. Le chapitre II de l'Acte général pour le règlement pacifique déjà accepté par les deux parties avant le 2 juillet 1972 crée entre elles des obligations mutuellement contraignantes, et la procédure de l'article 17 de l'Acte général de 1928 leur est ouverte. L'Inde et le Pakistan sont devenus parties à plusieurs traités multilatéraux depuis le 2 juillet 1972, et tous les moyens de règlement pacifique des différends prévus dans ces instruments s'imposent à eux.

L'interprétation que donne l'Inde des termes de l'accord de Simla et de la déclaration de Lahore est restrictive, étroite et déraisonnable.

26. Il est clair que, entre 1947 et 1999, l'Inde et le Pakistan ont réglé leurs différends: i) par voie de négociation, ii) par voie de médiation, iii) par voie de règlement arbitral ou judiciaire, iv) qu'ils ont accepté de

to the International Court of Justice if no other forum was available, (v) the Parties even filed an appeal or applications before the Court. In these circumstances, the conduct of India is covered by the doctrine of estoppel.

A considerable weight of authority supports the view that estoppel is a general principle of international law, resting on principles of good faith and consistency. (Judges Alfaro and Fitzmaurice in the case concerning *Temple of Preah Vihear*, *I.C.J. Reports 1962*, pp. 39-51, 61-65; Professor Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 646).

*

INDIA'S COMMONWEALTH RESERVATION IS OBSOLETE

27. Lord Rosebery, in a speech in Adelaide in 1884, had described the Empire as a "Commonwealth of Nations".

28. The term "Commonwealth" has no single fixed meaning. It is used in two main senses: first, to denote an association of independent member States; secondly, to include territories which are in various ways dependent on those independent members. The Commonwealth evolved from the British Empire, which came to be called the British Commonwealth of Nations in the 1920s; the latter designation was also ambiguous, usually (though not always) referred to the United Kingdom and the self-governing Dominions. (See S. A. de Smith, "The United Kingdom and Commonwealth", *Constitutional and Administrative Law*, p. 649.)

29. The development of dominion status is a torturous, oft-told tale. By 1926 the following Commonwealth countries were called self-governing dominions: Canada, Australia, New Zealand, South Africa (which left the Commonwealth in 1961), the Irish Free State (which became known as Eire in 1937 and seceded from the Commonwealth, under the name of the Republic of Ireland, in 1949) and Newfoundland (which relinquished its self-governing institutions after a financial collapse in 1933 and joined Canada as its tenth province in 1949). In the Report of the Inter-Imperial Relations Committee (the Balfour Report) of the Imperial Conference held in 1926, it was declared that the United Kingdom and the Dominions were:

"equal in status, in no way subordinate one to another in any aspect of their domestic or external affairs, though united by a common allegiance to the Crown, and freely associated as members of the British Commonwealth of Nations" (S. A. de Smith, "The United Kingdom and Commonwealth", *Constitutional and Administrative Law*, pp. 657, 658).

30. Some elements of inequality could be eliminated only by imperial

s'adresser à la Cour internationale de Justice si aucune autre voie juridictionnelle ne leur était ouverte, et v) qu'ils ont même déposé un appel ou des requêtes devant la Cour. Dans ces circonstances, la doctrine de l'estoppel est opposable à l'Inde.

Un nombre considérable d'auteurs soutiennent l'idée que l'estoppel est un principe général de droit international, reposant sur les principes de la bonne foi et de la non-contradiction (MM. Alfaro et Fitzmaurice dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 39-51, 61-65; M. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 646).

*

LA RÉSERVE COMMONWEALTH DE L'INDE EST CADUQUE

27. Lord Rosebery, dans un discours prononcé à Adélaïde en 1884, avait décrit l'Empire comme un «Commonwealth de nations».

28. Le mot «Commonwealth» n'a pas un sens immuable. Il est utilisé dans deux acceptions principales: premièrement, pour désigner une association d'Etats membres indépendants; deuxièmement, pour désigner les territoires qui sont, de différentes façons, dépendants de ces membres indépendants. Le Commonwealth est issu de l'Empire britannique, que l'on a commencé à appeler le Commonwealth britannique de nations dans les années vingt. Cette dénomination était aussi ambiguë, et s'appliquait généralement (mais pas toujours) au Royaume-Uni et aux dominions autonomes (voir S. A. de Smith, «The United Kingdom and Commonwealth», *Constitutional and Administrative Law*, p. 649).

29. Les origines du statut de dominion sont complexes et ont fait l'objet de nombreuses analyses. En 1926, les pays du Commonwealth suivants étaient appelés dominions autonomes: le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud (qui a quitté le Commonwealth en 1961), l'Etat libre irlandais (qui a pris le nom de Eire en 1937 et a fait sécession du Commonwealth, sous le nom de République d'Irlande, en 1949) et Terre Neuve (qui a renoncé à ses institutions autonomes après un effondrement financier en 1933, et est devenue la dixième province du Canada en 1949). Dans le rapport de la commission des relations interimpériales à la conférence impériale de 1926 (rapport Balfour), il était déclaré que le Royaume-Uni et les dominions étaient:

«de même statut et ... en aucune façon subordonnés les uns aux autres pour quelque aspect que ce soit de leurs affaires intérieures ou extérieures, bien qu'ils soient unis par une allégeance commune à la Couronne et librement associés en tant que membres du Commonwealth britannique de nations.» (S. A. de Smith «The United Kingdom and Commonwealth», *Constitutional and Administrative Law*, p. 657, 658).

30. Certains éléments d'inégalité ne pouvaient être éliminés que par

legislation. It was necessary to pass the Statute of Westminster 1931 in order to remove the Dominions from the definition of "colony" (Sect. 11), to abolish the doctrine of legislative repugnancy and to exclude Dominion Parliaments from the restrictive operation of the Colonial Laws Validity Act 1865 (Sect. 2), to declare that Dominion Parliaments had extraterritorial powers (Sect. 3) and to provide that no future United Kingdom Act was to extend or be deemed to extend to a Dominion as part of its law unless the request and consent of the Dominion concerned were expressly recited in the Act in question (S. A. de Smith, "The United Kingdom and Commonwealth", *Constitutional and Administrative Law*, pp. 658, 659).

Inter Se Doctrine and the Optional Clause

31. When, about a decade after the launching of the League of Nations, the British Dominions faced the question of accepting the optional clause in the Statute of the Permanent Court of International Justice, they adopted a common policy with respect to disputes *inter se*. The latter, by the view which prevailed, were not international disputes within the meaning of the Statute, since the relations between the autonomous Dominions (or between any of them and the United Kingdom) were *not international*. An Imperial Conference of 1926 had thought it would then be premature for the Dominions to accept the optional clause. By the understanding reached, there was not to be a move in this matter by any Dominion before discussion with the others. Canada initiated such discussion in 1929. The sequel was acceptance of the optional clause by all the Dominions. All except the Irish Free State, however, reserved disputes *inter se*. (See *The American Journal of International Law*, Vol. 51, 1957, p. 612.)

Privy Council

32. The Privy Council was the apex Court of Appeal in the Commonwealth. An advisory opinion of the Privy Council had been sought twice in disputes between Commonwealth members. (Re *Cape Breton* (1846), 5 Moo. PC 259 (annexation of Cape Breton to Nova Scotia); Re *Labrador Boundary Dispute* (1927) 137 LT 187.)

Proposed Commonwealth Court of Appeal

33. As early as 1929, an Imperial Conference had recommended that there be a Commonwealth tribunal. More explicit conference proposals of 1930 looked to a plan whereby there would be, not a continuing machinery such as a permanent court, but boards chosen by the disputant States for the adjudication of particular disputes. All of the persons

des lois impériales. Il fallut adopter la loi de Westminster en 1931 pour exclure les dominions de la définition des « colonies » (art. 11), pour abolir la doctrine de la contrariété des lois et soustraire les parlements des dominions à l'application restrictive du *Colonial Laws Validity Act* de 1865 (art. 2), pour déclarer que les parlements des dominions avaient des pouvoirs extra-territoriaux (art. 3) et pour disposer qu'aucune loi future du Royaume-Uni ne s'étendrait ni ne serait réputée s'étendre à un dominion, sauf sur la demande et avec le consentement du dominion concerné, expressément cités dans la loi (S. A. de Smith, « The United Kingdom and Commonwealth », *Constitutional and Administrative Law*, p. 658, 659).

La doctrine de l'inter se et la clause facultative

31. Lorsque, dix ans environ après la création de la Société des Nations, les dominions britanniques se posèrent la question de l'acceptation de la disposition facultative du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, ils adoptèrent une politique commune à l'égard des différends *inter se*. Ces différends, selon l'opinion dominante, n'étaient pas des différends internationaux au sens du Statut de la Cour, puisque les relations entre les dominions autonomes (ou entre l'un d'entre eux et le Royaume-Uni) n'étaient *pas de caractère international*. Une conférence impériale de 1926 avait considéré qu'il serait donc prématuré pour les dominions d'accepter la clause facultative. Il fut convenu qu'aucun dominion n'agirait en ce sens avant d'en avoir discuté avec les autres. Le Canada engagea la discussion prescrite en 1929, et il s'ensuivit que tous les dominions acceptèrent la clause facultative. Cependant, tous, sauf l'Etat libre irlandais, réservèrent les différends entre eux (voir *The American Journal of International Law*, vol. 51, 1957, p. 612).

Privy Council

32. Le *Privy Council* était la Cour d'appel supérieure du Commonwealth. Un avis consultatif lui avait été demandé dans deux différends opposant les membres du Commonwealth (affaire *Cape Breton* (1846), 5 Moo. PC 259 (annexion de l'île du Cap Breton à la Nouvelle Ecosse); affaire du *Différend relatif à la frontière du Labrador* (1927) 137 LT 187.)

Proposition d'une cour d'appel pour le Commonwealth

33. Dès 1929, une conférence impériale avait recommandé la constitution d'un tribunal du Commonwealth. Des propositions plus concrètes furent faites à la conférence de 1930, en vue d'instaurer un système par lequel il y aurait, non pas un mécanisme permanent — une cour permanente, par exemple — mais des collèges constitués par les Etats en litige

composing such boards were to be from within the Commonwealth. (See *The American Journal of International Law*, p. 613.)

The Commonwealth Prime Ministers' Conference in 1962 expressed the hope that the regular appointment of judges from other Commonwealth countries would strengthen the Judicial Committee and emphasize its importance as a Commonwealth link. It might have done so a generation ago, but it is obviously too late now. A proposal was made in or about 1966 to set up a peripatetic Commonwealth Court composed of judges from various Commonwealth countries. Its jurisdiction would be twofold: (i) as a final Court of Appeal in certain cases from the courts of the Commonwealth countries, and (ii) to determine justiciable disputes between Commonwealth countries. Some countries expressed their approval, but the majority was not interested. (See O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, pp. 828, 829.)

India and Pakistan

34. Sir Stafford Cripps, during the debate on the Indian Independence Bill said:

“India and Pakistan will take their places proudly in the comity of free and independent nations of the world, strengthened, we believe by the close ties of friendship with which they will be greeted as new Members of the British Commonwealth of Nations; and it is, I am sure, the hope of all of us that this membership of our Commonwealth which they will share, will help them in the future to keep close to one another, and that the time will come when their present bitterness and opposition may be engulfed in the single purpose of the progress and prosperity of all the peoples of the Indian continent, whatever their race or creed. And, in that great forward journey upon the two new members of the British Commonwealth of Nations will embark on 15th August next, which will become an historic day, we wish them ‘God speed’ and assure them that we may ever be by their side in time of difficulty to extend a helping hand. Their leaders who have struggled and suffered for the faith that was in them through long and hard years, we salute now as fellow-workers in the cause of world peace and progress. May the sun which is now rising on their independence, never set upon their freedom and prosperity.” (*Liquidation of British Empire [Parliamentary Debates on the Indian Independence]*, ed. by Ashiq Hussain Batalvi, p. 287.)

On 16 July 1947, the Earl of Listowel, the Secretary State of India, stated before the House of Lords:

pour statuer sur leurs différends. Toutes les personnes composant ces collèges devaient appartenir au Commonwealth (voir *The American Journal of International Law*, p. 613).

La conférence des premiers ministres du Commonwealth, en 1962, exprima l'espoir que la nomination régulière de juges d'autres pays du Commonwealth renforcerait la commission judiciaire et soulignerait l'importance de son rôle de liaison au sein du Commonwealth. Peut-être cela aurait-il été le cas dans la génération précédente, mais il est manifestement trop tard aujourd'hui. Une proposition fut faite vers 1966 tendant à créer un tribunal itinérant du Commonwealth composé de juges de différents pays du Commonwealth. Sa compétence devait être double: i) celle d'une cour d'appel de dernier ressort pour certaines affaires jugées par les tribunaux des pays du Commonwealth, et ii) celle d'un tribunal chargé de statuer sur les différends justiciables entre pays du Commonwealth. Certains pays ont exprimé leur approbation pour cette proposition, mais la majorité n'a manifesté aucun intérêt (voir O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, p. 828, 829).

Inde et Pakistan

34. Sir Stafford Cripps, pendant le débat sur le projet de loi d'indépendance de l'Inde, déclara ce qui suit:

«L'Inde et le Pakistan prendront fièrement leur place dans le cercle des nations libres et indépendantes du monde, renforcés, nous en sommes convaincus, par les liens étroits d'amitié qui leur seront offerts en tant que nouveaux membres du Commonwealth britannique de nations; nous formulons tous, j'en suis sûr, l'espoir que leur qualité de membres de notre Commonwealth les aidera à rester proches l'un de l'autre à l'avenir, et que le temps viendra où l'amertume et les divergences qui les séparent actuellement se dissiperont dans l'objectif commun du progrès et de la prospérité de tous les peuples du continent indien, quelles que soient leur race ou leurs croyances. Et, dans ce grand périple que les deux nouveaux membres du Commonwealth britannique de nations vont entreprendre le 15 août prochain, date qui entrera dans l'histoire, nous les recommandons à la grâce de Dieu et nous leur assurons que nous serons toujours à leurs côtés dans les difficultés pour leur tendre une main secourable. Leurs dirigeants, qui ont lutté et souffert pour la foi qui les animait pendant de longues et dures années, nous les saluons maintenant comme des compagnons dans la cause de la paix et du progrès du monde. Que le soleil qui se lève aujourd'hui sur leur indépendance ne se couche jamais sur leur liberté et leur prospérité.» (*Liquidation of British Empire [Parliamentary Debates on the Indian Independence]*, Ashiq Hussain Batalvi, dir. publ., p. 287.)

Le 16 juillet 1947, le comte de Listowel, secrétaire d'Etat aux affaires indiennes, déclara devant la Chambre des lords:

“Both Dominions will start their career of full independence as partners in the British family of nations, and will share with the other Members of the Commonwealth the advantages. *The Membership of the Commonwealth will impose a moral obligation to remain in peace.*” (*Liquidation of British Empire*, p. 348; emphasis added.)

The India (Consequential Provision) Act 1949 recognizes that India is a Republic while remaining a member of the Commonwealth. In 1955, Pakistan also announced its intention of becoming a Republic while remaining a full member of the Commonwealth. The Pakistan (Consequential Provision) Act 1956 made provision as regards the operation of existing law relating to Pakistan view of this new status, and the Commonwealth Prime Ministers in London issued a declaration in 1955 similar to that of 1949, in which reference is made to “the member nations of the Commonwealth”, the “Commonwealth countries” and “the United Kingdom and other Commonwealth countries”. (See O. Hood Philips, *Constitutional and Administrative Law*, 1967, pp. 806, 807.)

35. The symbol of Commonwealth association is the Queen and Head of the Commonwealth, rather than the Crown. The Queen has adopted a new personal flag, initial E and Crown within a chaplet of roses, for use where the Royal Standard (especially associated with the United Kingdom) is inappropriate.

36. There can be no more fitting words about the present Commonwealth than those spoken by Her Majesty Queen Elizabeth II in a Christmas broadcast from New Zealand in 1953:

“The Commonwealth bears no resemblance to the empires of the past. It is an entirely new conception built on the highest qualities of the spirit of man: friendship, loyalty and the desire for freedom and peace.” (*Commonwealth Yearbook 1987*, p. 5.)

37. In the pamphlet “Britain and the Commonwealth” published in 1997 with a foreword by Tony Blair, the British Prime Minister, it is observed that:

“The Commonwealth has changed dramatically since the 1931 Statute of Westminster. A club of self-governing British Dominions grouped around Britain has become a modern association of independent equals and a forum for all its members to tackle challenges and problems together. These include the need to promote sustainable economic and social development; to alleviate poverty; to provide universal access to education; to protect the environment; to combat criminal activities such as drug trafficking and money laundering; to fight communicable diseases; and to support the United Nations and other international institutions in the search for peace and stability in the world.”

38. Without any disrespect to the Commonwealth, reference may be made to its graphic description by S. A. de Smith:

«Les deux dominions commenceront leur existence pleinement indépendante de partenaires au sein de la famille britannique de nations, et ils bénéficieront des mêmes avantages que les autres membres du Commonwealth. *Leur appartenance au Commonwealth leur imposera l'obligation morale de demeurer en paix.*» (*Liquidation of British Empire*, p. 348; les italiques sont de moi.)

Le *India (Consequential Provision) Act* de 1949 reconnaît que l'Inde est une république, tout en restant membre du Commonwealth. En 1955, le Pakistan annonça aussi son intention de devenir une république tout en restant membre à part entière du Commonwealth. Le *Pakistan (Consequential Provision) Act* de 1956 prévoit l'application du droit existant au Pakistan compte tenu de ce nouveau statut, et les premiers ministres du Commonwealth publièrent en 1957, à Londres, une déclaration analogue à celle de 1949, parlant des «nations membres du Commonwealth», des «pays du Commonwealth» et «du Royaume-Uni et des autres pays du Commonwealth» (voir O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, 1967, p. 806 et 807).

35. Le symbole de l'association au sein du Commonwealth est la Reine, chef du Commonwealth, et non la Couronne. La Reine a adopté un nouveau drapeau personnel, portant l'initiale E et une couronne entourée d'un chapelet de roses, qui est utilisé lorsqu'il n'est pas possible d'utiliser l'étendard royal (symbole du seul Royaume-Uni).

36. On ne saurait mieux décrire le Commonwealth actuel que ne l'a fait Sa Majesté la reine Elizabeth II dans une émission radiodiffusée de Nouvelle-Zélande, le jour de Noël 1953 :

«Le Commonwealth ne présente aucune ressemblance avec les empires du passé. C'est une conception entièrement neuve, construite sur les qualités les plus élevées de l'esprit humain : l'amitié, la loyauté, et le désir de liberté et de paix.» (*Commonwealth Yearbook 1987*, p. 5.)

37. Dans la brochure *Britain and the Commonwealth*, publiée en 1997, avec une préface de Tony Blair, premier ministre britannique, il est dit que :

«Le Commonwealth a changé de façon spectaculaire depuis la loi de Westminster de 1931. Ce qui était un club de dominions britanniques autonomes groupés autour de la Grande-Bretagne est devenu une association moderne d'égaux indépendants, et une tribune où tous les membres peuvent s'attaquer ensemble à leurs défis et problèmes : la lutte contre la pauvreté, l'accès universel à l'enseignement, la protection de l'environnement, la lutte contre les activités criminelles comme le trafic de drogues et le blanchiment d'argent, la lutte contre les maladies transmissibles et l'appui à l'Organisation des Nations et aux autres institutions internationales dans la recherche de la paix et de la stabilité dans le monde.»

38. Sans vouloir manquer de respect au Commonwealth, on peut citer aussi la description imagée qu'en a faite S. A. de Smith :

“Over-enthusiastic descriptions of the Commonwealth — ‘a family of like-minded nations, speaking the same political language and voluntarily co-operating on matters of common concern . . .’ have led to a reaction. Nowadays the Commonwealth is apt to be dismissed as a gigantic farce, as the emperor who had no clothes, as the disembodied grin on the face of the Cheshire cat.” (S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, p. 667.)

39. The circumstances in which some of the countries have retained Commonwealth reservation are distinguishable.

40. On 18 September 1974, India’s declaration excluded “disputes with the Government of any state which is or *has been a Member of Commonwealth of Nations*”. India’s declaration prior to 1974 excluded:

“disputes with the Government of any country which on the date of this Declaration is a member of the Commonwealth of Nations, all of which disputes shall be settled in such manner as the parties have agreed or shall agree”.

In the context and circumstances, the words “has been a Member of the Commonwealth of Nations” were added on 18 September 1974 to exclude disputes with Pakistan only, as (i) Pakistan had left the Commonwealth in or about 1972 in the circumstances well known, and (ii) in the *Trial of Pakistani Prisoners of War* case in 1973, vital issues had been raised by Pakistan in its Application against India before the Court. At that time, dissociation of Eire and South Africa from the Commonwealth was almost a past and closed matter.

“Nor was India averse in principle in 1949 to the proposal that there should be recourse to this Court in connection with the treatment by South Africa, another Commonwealth country at that time, of Indians in that territory.” (CR 2000/1, p. 35 (Lauterpacht).)

Further in 1948 and 1950, India had agreed that access to the International Court of Justice could be had if no other forum is available. As stated earlier, India is estopped from invoking the Commonwealth reservation. The reservation of India, purporting to exclude Pakistan and Pakistan only, is *per se* discriminatory, arbitrary and invalid.

41. R. P. Anand observes in his book *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*:

“Probably this reservation, which was originally intended to emphasize the absence of an international element in the relations of the members of the Commonwealth, is now obsolete and in default of any corresponding machinery within the Commonwealth, produces results contrary to the purposes which inspired it.” (P. 249.)

«L'enthousiasme excessif de certaines descriptions du Commonwealth — «une famille de nations partageant les mêmes opinions, parlant le même langage politique et coopérant volontairement sur les sujets d'intérêt commun...» — a entraîné une réaction. De nos jours, le Commonwealth est le plus souvent présenté comme une farce gigantesque, comme l'empereur nu, comme le sourire désincarné du chat du Cheshire.» (S. A. de Smith, *Constitutional and Administrative Law*, p. 667.)

39. Les circonstances dans lesquelles certains pays ont conservé leur réserve Commonwealth sont diverses.

40. La déclaration de l'Inde du 18 septembre 1974, excluait «les différends avec le gouvernement d'un Etat qui est ou a été membre du Commonwealth de nations». Avant 1974, la réserve de l'Inde excluait :

«Les différends avec le gouvernement d'un Etat qui, à la date de la présente déclaration, est membre du Commonwealth de nations, différends qui seront réglés selon une méthode convenue entre les parties ou dont elles conviendront.»

Compte tenu du contexte historique, les mots «a été membre du Commonwealth de nations», ajoutés le 18 septembre 1974, avaient uniquement pour but d'exclure les différends avec le Pakistan, parce que : i) le Pakistan avait quitté le Commonwealth vers 1972 dans des circonstances qui sont bien connues ; et que ii) dans l'affaire du *Procès de prisonniers de guerre pakistanais* de 1973, le Pakistan avait soulevé des questions fondamentales dans la requête qu'il avait présentée à la Cour contre l'Inde. A cette époque, le départ de l'Eire et de l'Afrique du Sud appartenait déjà au passé ou presque.

«Et en 1949 ... 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.» (CR 2000/1, p. 35, (Lauterpacht).)

En 1948 et en 1950, l'Inde avait encore accepté l'éventualité que le recours à la Cour internationale de Justice était possible à défaut d'une autre juridiction. Comme il a été dit plus haut, l'Inde est empêchée par le jeu de l'*estoppel* d'invoquer la réserve Commonwealth. La réserve indienne, visant à exclure le Pakistan et lui seul, est en soi discriminatoire, arbitraire et nulle.

41. R. P. Anand note dans son ouvrage *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice* :

«Cette réserve, qui était à l'origine conçue pour souligner l'absence d'un élément international dans les relations entre les membres du Commonwealth, est probablement caduque aujourd'hui et, faute d'un mécanisme correspondant au sein du Commonwealth, produit des résultats contraires aux objectifs auxquels elle répondait.» (P. 249.)

42. I therefore endorse the views expressed by Judge Ago in the *Nauru* case in 1992:

“It is therefore most likely that it [the United Kingdom] would not, by itself, have raised insurmountable obstacles. Particularly since the clause excluding from the acceptance of the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice disputes with States Members of the Commonwealth — a clause originally inserted in the declaration in anticipation of the establishment of a special court for the Commonwealth — could easily have been regarded as obsolete, since that expectation has never been fulfilled.” (*Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, *Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1992*, p. 327, para. 5.)

*

COMMONWEALTH RESERVATION IS SEVERABLE FROM THE INDIAN
DECLARATION OF SEPTEMBER 1974

43. In the *Norwegian Loans* case, Sir Hersch Lauterpacht concluded that “the automatic reservation was invalid and could not be separated from the Acceptance as such”.

However, the Judge propounded the doctrine of severability and observed:

“That general principle of law is that it is legitimate — and perhaps obligatory — to sever an invalid condition from the rest of the instrument and to treat the latter as valid provided that having regard to the intention of the parties and the nature of the instrument the condition in question does not constitute an essential part of the instrument. *Utile non debet per inutile vitiari*. The same applies also to provisions and reservations relating to the jurisdiction of the Court.” (*Certain Norwegian Loans, Judgment*, *I.C.J. Reports 1957*, pp. 56, 57.)

44. In the *Interhandel* case President Klaestad observed:

“The question of a similar French reservation was discussed in one Separate and two Dissenting Opinions appended to the Judgment in the *Norwegian Loans* case. But the Court did not consider and decide this question and was not in a position to do so, since the question of the validity of the reservation was not in dispute between the Parties, who had not laid it before the Court and had not argued it.” (*Interhandel, Preliminary Objections, Judgment*, *I.C.J. Reports 1959*, p. 75.)

“These considerations have led me to the conclusion that the Court, both by its Statute and by the Charter, is prevented from acting upon that part of the Reservation which is in conflict with

42. C'est pourquoi je m'associe à ce qu'a dit M. Ago dans l'affaire de *Nauru* en 1992:

«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.» (*Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 327, par. 5.*)

*

LA RÉSERVE COMMONWEALTH PEUT ÊTRE DISSOCIÉE DE LA DÉCLARATION DE L'INDE DE SEPTEMBRE 1974

43. Dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, sir Hersch Lauterpacht a conclu que la réserve automatique était nulle et ne pouvait être dissociée de la déclaration d'acceptation elle-même.

Toutefois, il a développé la théorie de la divisibilité dans les termes suivants:

«Ce principe général de droit est qu'il est légitime — et peut-être obligatoire — de séparer une condition nulle du reste de l'acte et de traiter ce dernier comme valable pourvu que, eu égard à l'intention des Parties et à la nature de l'acte, la condition en question n'en constitue pas un élément essentiel. *Utile non debet per inutile vitari*. Le même principe s'applique également aux dispositions et réserves relatives à la compétence de la Cour.» (*Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 56, 57.*)

44. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, M. Klaestad, président de la Cour, a fait observer:

«La question d'une réserve française semblable a été discutée dans une opinion individuelle et dans deux opinions dissidentes jointes à l'arrêt sur l'affaire des *Emprunts norvégiens*. Mais la Cour n'a pas étudié la question et n'a pas statué sur ce point. Elle n'était pas en mesure de le faire, puisque la question de la validité de la réserve n'était pas en litige entre les Parties, qui ne l'avaient pas soumise à la Cour et ne l'avaient pas discutée.» (*Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 75.*)

«Ces considérations m'ont amené à la conclusion que la Cour, tant par son Statut que par la Charte, est empêchée d'agir en conformité de la partie de la réserve qui est en contradiction avec l'article

Article 36, paragraph 6, of the Statute, but that this circumstance does not necessarily imply that it is impossible for the Court to give effect to the other parts of the Declaration of Acceptance which are in conformity with the Statute. Part (a) of the Fourth Preliminary Objection should therefore in my view be rejected.” (*Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 78.)

45. As K. R. Simmonds has summed up:

“Both the Judges, Judge Klaestad and Judge Armand-Ugon, seem to have decided that the automatic reservation was only a secondary or an accessory stipulation to a basically valid acceptance of the Court’s jurisdiction under the Optional Clause; the jurisdiction of the Court would be sufficiently upheld by treating the reservation as inoperative and severable from the document upon which the Court must rely.” (Footnote omitted.) (K. R. Simmonds, “The Interhandel Case”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, 1961, p. 526.)

46. Reliance was placed by India on the decision of the Supreme Court in *RMDC v. India* 1957 SCR 930 (CR 2000/2, p. 14 (Sorabjee)). In that case, the Supreme Court considered the doctrine of severability and laid down as many as seven principles. But on the application of the said principles it was held that the impugned provisions were severable.

47. In the subsequent case, *Harakchand v. Union of India*, it was held:

“The matter is clearly put in Cooley on Constitution Limitations, 8th edn. at p. 360:

‘It would be inconsistent with all just principles of constitutional law to adjudge these enactments void because they are associated in the same Act, but not connected with or dependent on others which are unconstitutional. Where, therefore, a part of a statute is unconstitutional, that fact does not authorise the courts to declare the remainder void also, unless all the provisions are connected in subject-matter, depending on each other, operating together for the same purpose, or otherwise so connected together in meaning, that it cannot be presumed the legislature would have passed the one without the other.’

Applying the test to the present case we are of opinion that the provisions held to be invalid are not inextricably bound up with the remaining provisions of the Act.” (AIR 1970 Supreme Court 1453 (V 57C 308).)

48. Article 44 of the Vienna Convention on the Law of Treaties recognizes separability of clauses in the Treaty.

36, paragraphe 6, du Statut, mais que cette circonstance n'implique pas nécessairement qu'il est impossible pour la Cour de donner effet aux autres parties de la déclaration d'acceptation qui sont conformes au Statut. A mon avis, la partie a) de la quatrième exception préliminaire doit donc être rejetée.» (*Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 78.)

45. Comme l'a conclu K. R. Simmonds :

«Les deux juges, M. Klaestad et M. Armand-Ugon, semblent avoir décidé que la réserve automatique n'était qu'une clause secondaire ou accessoire par rapport à une acceptation fondamentalement valable de la juridiction de la Cour en vertu de la clause facultative; la juridiction de la Cour serait suffisamment confirmée si l'on traitait la réserve comme inopérante et dissociable du document sur lequel la Cour doit se fonder.» (Note de bas de page omise.) (K. R. Simmonds, «The Interhandel Case», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10, 1961, p. 526.)

46. L'Inde a invoqué la décision rendue par la Cour suprême dans l'affaire *RMDC v. India*, 1957, SCR 930 (CR 2000/2, p. 14 (Sorabjee)). Dans cette affaire, la Cour suprême a examiné la question de la divisibilité, et elle a énoncé pas moins de sept principes. En appliquant ces principes, elle a néanmoins jugé que les dispositions contestées pouvaient être dissociées des autres.

47. Dans une affaire ultérieure, *Harakchand v. Union of India*, elle a déclaré :

«La question est énoncée clairement par Cooley dans *Constitution Limitations* (8^e éd., p. 360):

«Il serait incompatible avec tous les justes principes de droit constitutionnel de décider que ces dispositions sont nulles parce qu'elles sont associées à l'intérieur d'un même texte de loi, sans être reliées à d'autres ni dépendantes à l'égard d'autres qui sont anticonstitutionnelles. En conséquence, lorsqu'une partie d'une loi est contraire à la constitution, cela n'autorise pas les tribunaux à annuler également le reste de la loi, sauf si toutes les dispositions sont liées entre elles par leur sujet, si elles sont dépendantes les unes des autres, constituent un ensemble correspondant à une même fin ou sont d'une autre manière tellement liées par leur sens qu'il est impossible de présumer que le législateur aurait adopté les unes sans adopter aussi les autres.»

En appliquant ce critère en l'espèce, nous estimons que les dispositions jugées nulles ne sont pas inextricablement liées avec les dispositions restantes de la loi.» (*AIR 1970 Supreme Court 1453* (V 57C 308).)

48. L'article 44 de la convention de Vienne sur le droit des traités admet la divisibilité des clauses des traités.

49. T. O. Elias, in his book *The Modern Law of Treaties*, expresses the view that “only the clauses affected by an alleged ground of invalidity, if distinct and separable, and not an essential basis of the treaty, may be eliminated, the remainder being kept in force” (p. 140).

50. In the cases of *Belios v. Switzerland* (1988) (ECHR Series A, No. 132) and *Loizidou v. Turkey* (1995) (ECHR Series A, No. 310), the European Court of Human Rights treated the objectionable reservation as severable.

51. In the case concerning *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, Judge Bedjaoui in his dissenting opinion observed that:

“And treaty law, as codified in 1969, enshrines in Article 44 of the Vienna Convention — admittedly with certain exceptions — the principle of separability of the various provisions contained in a treaty. I really cannot see why a declaration should wholly escape this principle.” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, dissenting opinion of Judge Bedjaoui, p. 539, para. 60.)

“This issue has in fact been raised in a number of cases, including the *Norwegian Loans* and *Interhandel* cases, and some judges have evoked and accepted the principle of separability (cf. *Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, pp. 55-59; *Interhandel, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, pp. 57, 77-78, 116-117.)” (*Ibid.*, pp. 539-540, para. 61.)

52. Having regard to recognized principles of the doctrine of severability, clause (2), “disputes with the government of any State which is or has been a Member of the Commonwealth of Nations” can be separated from the rest in the declaration of India of 18 September 1974.

The “Commonwealth members reservation” is not so central as to constitute “an essential basis of the consent of India” to be bound by its declaration under the optional clause. It is not made in good faith. It serves no rational or legitimate purpose, as there exists no separate procedure for the compulsory jurisdiction of disputes between Commonwealth countries. It is purposeless and of no legal effect. Hence its severance does not affect the validity of rest of India’s declaration under Article 36, paragraph 2, of the Statute.

*

NO VALID DENUNCIATION BY INDIA OF THE GENERAL ACT OF 1928

53. In the communication of 18 September 1974 India asserted:

(a) the Government of India never regarded themselves as bound by the General Act (of 1928) since its Independence by succession or otherwise;

49. T. O. Elias, dans son livre *The Modern Law of Treaties*, exprime l'avis que «seules les clauses auxquelles s'applique une cause alléguée de nullité, si elles sont distinctes et séparables, et ne sont pas une base essentielle du traité, peuvent être éliminées, le reste demeurant en vigueur» (p. 140).

50. Dans les affaires *Belios c. Suisse* (1988), (CEDH série A, n° 132) et *Loizidou c. Turquie* (1995), (CEDH série A, n° 310), la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la réserve contestable était séparable.

51. Dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, M. Bedjaoui, dans son opinion dissidente, a fait observer ce qui suit :

«Or le droit des traités, tel que codifié à Vienne en 1969, fait sa place en son article 44, il est vrai avec quelques exceptions, au *principe de divisibilité* des différentes stipulations contenues dans un traité. La raison pour laquelle une déclaration ne serait pas du tout soumise à un tel principe m'échappe vraiment.» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, opinion dissidente de M. Bedjaoui, p. 539, par. 60.)

«La question a d'ailleurs été soulevée dans quelques espèces, comme l'affaire des *Emprunts norvégiens*, ou celle de l'*Interhandel*, et quelques juges ont évoqué et admis le principe de divisibilité (voir *Emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 55-59; *Interhandel, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 57, 77-78, 116-117).» (*Ibid.*, p. 539-540, par. 61.)

52. En vertu des principes reconnus de la doctrine de la divisibilité, le paragraphe 2 «les différends avec le Gouvernement d'un Etat qui est ou a été membre du Commonwealth de nations» peut être dissocié du reste de la déclaration de l'Inde du 18 septembre 1974.

La «réserve à l'égard de membres du Commonwealth» n'est pas fondamentale au point de constituer «une base essentielle du consentement de l'Inde» à être liée par sa déclaration en vertu de la clause facultative. Elle n'a pas été faite de bonne foi. Elle ne répond pas à un objectif rationnel ou légitime, puisqu'il n'existe pas de procédure spéciale de règlement obligatoire des différends entre Etats du Commonwealth. Elle n'a ni raison d'être ni effet juridique. En conséquence, elle peut être dissociée de la déclaration faite par l'Inde en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut sans que cela ait d'effet sur la validité du reste de cette déclaration.

*

L'INDE N'A PAS VALABLEMENT DÉNONCÉ L'ACTE GÉNÉRAL DE 1928

53. Dans sa communication du 18 septembre 1974, l'Inde déclarait :

- a) 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 ;

(b) accordingly, India has never been and is not a party to the General Act of 1928 since its Independence.

54. The said Communication was sent by India to counter the Communication of Pakistan of 30 May 1974 whereby Pakistan expressed its intention to be bound by the General Act. Such plea had already been raised by Pakistan before the Court in the case *Trial of Pakistani Prisoners of War* of 1973.

Pakistan has rightly urged about the Indian Communication:

“The first is that it is declaratory — and declaratory only. It is a statement made in 1974 that as from an event in 1947 — that is to say, 27 years previously, India’s independence — India was not a party to the General Act ‘it is not and never has been’.

The second point follows closely from the first. It is that India’s concern to make the position absolutely clear ‘. . . so that there is no doubt in any quarter’, was merely a statement of its own view of the legal position. It was a subjective statement which might or might not have had objective validity (though, in so far as relevant, Pakistan says that it had no objective validity). Moreover, it was not a denunciation of the General Act — and this was so for two reasons. First, in India’s view there was no General Act to denounce. Second, even if there was, India did not formally denounce it in the manner provided for in Article 45 of the General Act . . . Consistent with the logic of its position, India did not use words of denunciation because that would have implied that India regarded itself as committed to the General Act at the time of the denunciation, which it denied. India could have done, if it had wished to denounce the General Act, it could have done as both France and Britain did and denounced the General Act formally, but it chose not to do so.” (CR 2000/1, p. 54 (Lauterpacht).)

55. The assertions made by India in the said Communication are erroneous, misconceived and illegal. The said Communication cannot be deemed to be a denunciation. There is no material before the Court that any State party to the General Act treated India’s Communication as denunciation. The Communication does not comply with the provisions of Article 45 of the General Act. In the joint dissenting opinion in the case of *Nuclear Tests*, dated 20 December 1974, reference was made to India’s letter of 24 June 1973 (mentioned in paragraph 22 above) and Pakistan’s declaration, but no notice was taken of India’s Communication of 18 September 1974:

“In the case concerning *Trial of Pakistani Prisoners of War*, 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

b) 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.

54. Cette communication avait été envoyée par l'Inde en réponse à la communication du 30 mai 1974 par laquelle le Pakistan exprimait son intention d'être lié par l'Acte général. Cet argument avait déjà été invoqué devant la Cour par le Pakistan dans l'affaire du *Procès de prisonniers de guerre pakistanais* de 1973. Le Pakistan a déclaré à bon droit à propos de la communication indienne :

«La première [observation] 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».

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... 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.» (CR 2000/1, p. 54, Lauterpacht.)

55. Les affirmations faites par l'Inde dans cette communication sont erronées, fallacieuses et contraires au droit. Cette communication ne peut être considérée comme une dénonciation. Rien ne permet à la Cour de penser qu'aucun Etat partie à l'Acte général ait traité comme une dénonciation cette communication de l'Inde, qui n'est pas conforme aux dispositions de l'article 45 de l'Acte général. Dans leur opinion dissidente commune dans l'affaire des *Essais nucléaires* (20 décembre 1974), les juges ont cité la lettre de l'Inde du 24 juin 1973 (citée ci-dessus au paragraphe 22) et la déclaration du Pakistan, mais sans tenir compte de la communication de l'Inde du 18 septembre 1974 :

«Dans l'affaire relative au *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, l'Inde a fait savoir à la Cour par lettre en date du 24 juin 1973 qu'à son avis l'Acte de 1928 avait cessé d'être un traité en

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 prejudice the question of the continuance in force of the Act.

Moreover, it is axiomatic that the termination of a multilateral treaty requires the express or tacit consent of all the parties, a requirement which is manifestly not fulfilled in the present instance.” (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1974*, p. 344, para. 70.)

Reference may also be made to the practice of the Secretary-General of the United Nations with regard to multilateral treaties:

“The International Law Commission in 1966 described this practice as follows:

‘In the absence of any clause on reservations in agreements concluded after the General Assembly resolution on reservations to multilateral conventions, the Secretary-General adheres to the provisions of that resolution and communicates to the States concerned the text of the reservation accompanying an instrument of ratification or accession without passing on the legal effect of such documents, and “leaving it to each State to draw legal consequences from such communications”. He transmits the observations received on reservations to the States concerned, also without comment. A general table is kept up to date for each convention, showing the reservations made and the observations transmitted thereon by the States concerned. A State which has deposited an instrument accompanied by reservations is counted among the parties required for the entry into force of the agreement.’ (*Official Records, Twenty-first Session, Supplement No. 9 (A/6309/Rev.I)*, p. 37.)” (*I.C.J. Pleadings, Trial of Pakistani Prisoners of War*, pp. 87, 88.)

56. The Government of India must have known the notifications of France and the United Kingdom. The language of the notifications was clear and categorical and specific mention therein was made about denunciation. The omission thereof from the Indian Communication was not cogently and plausibly explained by India.

Professor Rosenne states that “where the right of denunciation is reserved, the State concerned must take a positive step to exercise it” (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, Vol. II, p. 82).

vigueur après la disparition des organes de la Société des Nations. Le Pakistan a exprimé un avis contraire et, depuis lors, le premier ministre de ce pays a confirmé par lettre adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies qu'il considérait l'Acte comme toujours en vigueur. D'autre part, dans une lettre du 6 février 1974, le Royaume-Uni a fait état des doutes qui avaient été exprimés au sujet de la validité de l'Acte et a notifié au Secrétaire général sa dénonciation de l'Acte conformément aux dispositions de l'article 45, paragraphe 2, de cet instrument, mais il a employé à cette occasion des termes qui ne préjugeaient pas la question du maintien en vigueur de l'Acte... De plus, il est de règle qu'un traité multilatéral ne prenne fin qu'avec le consentement exprès ou tacite de toutes les parties, condition qui n'a manifestement pas été satisfaite dans la présente instance.» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 344-345, par. 70.)

On peut aussi rappeler la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en matière de traités multilatéraux :

«La Commission du droit international, en 1966, a décrit cette pratique comme suit :

«En l'absence d'une clause sur les réserves dans les accords conclus postérieurement à la résolution de l'Assemblée générale relative aux réserves aux conventions multilatérales, le Secrétaire général se conforme aux dispositions de cette résolution et communique aux Etats intéressés le texte de la réserve accompagnant un instrument de ratification ou d'adhésion sans se prononcer sur les effets juridiques de ces documents et en laissant à chaque Etat le soin de tirer les conséquences juridiques de ces communications. Il transmet les observations reçues concernant les réserves à tous les Etats intéressés, également sans commentaire. Un tableau général pour chaque convention est tenu à jour, indiquant les réserves faites et les observations transmises à leur égard par les Etats intéressés. Tout Etat ayant déposé un instrument assorti de réserve est compté au nombre des parties pour l'entrée en vigueur de l'accord.» (Nations Unies, *Documents officiels, vingt et unième session, supplément n° 9*, doc. A/6309/Rev.I, p. 37.) (C.I.J. *Mémoires, Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, p. 87, 88.)

56. Le Gouvernement indien a nécessairement eu connaissance des notifications de la France et du Royaume-Uni. Ces notifications étaient rédigées de manière claire et catégorique, et le mot dénonciation y était employé expressément. L'omission de ce mot dans la communication de l'Inde n'a pas été expliquée de manière probante et plausible par l'Inde.

M. Rosenne dit que «lorsque le droit de dénonciation est réservé, l'Etat concerné doit accomplir un acte positif pour l'exercer» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court of Justice*, vol. II, p. 82.)

57. Further, the applicable rule is, as approved by the Court in the *North Sea Continental Shelf* case, when an agreement or other instrument itself provides for the way in which a given thing is to be done, it must be done in that way or not at all (*I.C.J. Reports 1969*, para. 28).

58. Mere affirmation by India that it was not bound by the General Act, which is denied by Pakistan, is unilateral and its validity cannot be determined by the Court at the preliminary stage. Reference may be made to the finding of the Court in the Appeal by India against Pakistan, *re: ICAO*, which is *res judicata*.

“The Court considers however, that for precisely the same order of reason as has already been noticed in the case of its own jurisdiction in the present case, a mere unilateral affirmation of these contentions — contested by the other party — cannot be utilized so as to negative the Council’s jurisdiction. The point is not that these contentions are necessarily wrong but that their validity has not yet been determined. Since therefore the Parties are in disagreement as to whether the Treaties ever were (validly) suspended or replaced by something else; as to whether they are in force between the Parties or not; and as to whether India’s action in relation to Pakistan overflights was such as not to involve the Treaties, but to be justifiable *aliter et aliunde*; — these very questions are in issue before the Council, and no conclusions as to jurisdiction can be drawn from them, at least at this stage, so as to exclude *ipso facto* and *a priori* the competence of the Council.” (*Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 64, para. 31.)

59. I am therefore of the opinion that the General Act of 1928 has not been validly denounced by India and it continues to be bound by the said Act.

*

EFFECT OF THE GENERAL ACT OF 1928 ON INDIA’S RESERVATION

60. The 1928 Act contains a strict code of rules regulating the making of reservations. This aspect has been dealt with in paragraph 82 of the joint dissenting opinion in the *Nuclear Tests* case:

“In the present instance, this objection is reinforced by the fact that the 1928 Act contains a strict code of rules regulating the making of reservations, whereas no such rules govern the making of reservations to acceptances of the Court’s jurisdiction under the optional clause. These rules, which are to be found in Articles 39, 40, 41, 43 and 45 of the Act, impose restrictions, *inter alia*, on the kinds

57. De plus, la règle applicable, approuvée par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*, est que, lorsqu'un accord ou un autre instrument prévoit lui-même la manière de faire une chose, celle-ci doit être faite de cette manière ou pas du tout (*C.I.J. Recueil 1969*, par. 28).

58. La simple affirmation de l'Inde disant qu'elle n'était pas liée par l'Acte général, ce que nie le Pakistan, est unilatérale, et la Cour ne peut pas juger de sa validité dans cette phase préliminaire de l'instance. Rappelons la conclusion de la Cour dans l'affaire de l'*Appel de l'Inde concernant la compétence du Conseil de l'OACI*, qui a autorité de chose jugée.

«La Cour considère que, pour des raisons du même ordre que celles qu'elle a indiquées au sujet de sa propre compétence en l'espèce, on ne saurait admettre qu'une simple assertion unilatérale de ces thèses, contestées par la partie adverse, élimine la compétence du Conseil. Ce n'est pas que ces thèses soient nécessairement mal fondées, mais c'est que leur bien-fondé n'a pas encore été établi. Les Parties sont en désaccord sur les points de savoir si les traités ont jamais été valablement suspendus ou remplacés, si les traités sont en vigueur entre elles et si les mesures prises par l'Inde à l'égard des survols par des appareils pakistanais, au lieu de mettre en jeu les traités, se justifiaient par d'autres motifs extérieurs; ces questions sont donc maintenant en cause devant le Conseil et l'on ne peut tirer de leur existence, au moins à ce stade, aucune conclusion d'ordre juridictionnel qui exclue *ipso facto* et à priori la compétence du Conseil.» (*Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, arrêt, C.I.J. Recueil 1972*, p. 64, par. 31.)

59. Je suis donc d'avis que l'Inde n'a pas valablement dénoncé l'Acte général de 1928, et qu'elle continue à être liée par ledit Acte.

*

EFFET DE L'ACTE GÉNÉRAL DE 1928 SUR LA RÉSERVE DE L'INDE

60. L'Acte de 1928 contient un code rigoureux de dispositions régissant la formulation des réserves. Cet aspect a été abordé dans le paragraphe 82 de l'opinion dissidente commune dans l'affaire des *Essais nucléaires*:

«Dans la présente affaire, cette objection est renforcée par le fait que l'Acte de 1928 contient un code rigoureux de dispositions réglementant la formulation des réserves, tandis qu'aucune disposition de ce genre ne régit la formulation des réserves à l'acceptation de la juridiction de la Cour en vertu de la clause facultative. Ces dispositions, qui figurent aux articles 39, 40, 41, 43 et 45 de l'Acte, imposent

of reservations that are admissible and the times at which they may be made and at which they will take effect. In addition, a State accepting jurisdiction under the optional clause may fix for itself the period for which its declaration is to run and may even make it terminable at any time by giving notice, whereas Article 45 (1) of the Act prescribes that the Act is to remain in force for successive fixed periods of five years unless denounced at least six months before the expiry of the current period. That the framers of the 1928 Act deliberately differentiated its régime in regard to reservations from that of the optional clause is clear; for the Assembly of the League, when adopting the Act, simultaneously in another resolution drew the attention of States to the wide possibilities of limiting the extent of commitments under the optional clause 'both as regards duration and as regards scope'. Consequently, to admit that reservations made by a State under the uncontrolled and extremely flexible system of the optional clause may automatically modify the conditions under which it accepted jurisdiction under the 1928 Act would run directly counter to the strict system of reservations deliberately provided for in the Act." (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 349, para. 82.)

61. The reservations made by India to Article 17 of the General Act are prohibited by that Act and are without legal effect because the operation of Article 17 of the General Act is subject to Article 39.

Article 39 provides:

"1. In addition to the power given in the preceding article, a Party, in acceding to the present General Act, may make his acceptance conditional upon the reservations exhaustively enumerated in the following paragraph. These reservations must be indicated at the time of accession.

2. These reservations may be such as to exclude from the procedure described in the present Act:

- (a) disputes arising out of facts prior to the accession either of the Party making the reservation or of any other Party with whom the said Party may have a dispute;
- (b) disputes concerning questions which by international law are solely within the domestic jurisdiction of States;
- (c) disputes concerning particular cases or clearly specified subject-matters, such as territorial status, or disputes falling within clearly defined categories.

3. If one of the parties to a dispute has made a reservation, the other parties may enforce the same reservation in regard to that Party.

des restrictions relatives notamment aux catégories de réserves permises et au moment où celles-ci peuvent être faites et prennent effet. De plus, un Etat qui accepte la juridiction au titre de la clause facultative peut déterminer lui-même la durée d'application de sa déclaration et il peut même prévoir la possibilité d'y mettre fin à tout moment par une notification, tandis que l'article 45, paragraphe 1, de l'Acte dispose que celui-ci restera en vigueur pendant des périodes fixes successives de cinq ans s'il n'est pas dénoncé six mois au moins avant l'expiration de la période en cours. Il est clair que les auteurs de l'Acte de 1928 ont délibérément différencié le régime auquel sont soumises les réserves de celui de la clause facultative; en effet, au moment d'adopter l'Acte, l'Assemblée de la Société des Nations a simultanément attiré l'attention des Etats, dans une autre résolution, sur les nombreuses possibilités qui existaient de limiter les engagements acceptés en vertu de la clause facultative «soit quant à leur durée, soit quant à leur étendue». Par suite, si l'on admettait que les réserves faites par un Etat dans le cadre du système incontrôlé et extrêmement souple de la clause facultative peuvent automatiquement modifier les conditions auxquelles cet Etat a accepté la compétence en vertu de l'Acte de 1928, on prendrait le contre-pied du système rigoureux délibérément établi dans l'Acte pour les réserves.» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 349, par. 82.)

61. Les réserves faites par l'Inde à l'article 17 de l'Acte général sont interdites par cet acte et elles sont dépourvues d'effet juridique parce que l'application de l'article 17 de l'Acte général est subordonnée à l'article 39, qui dispose ce qui suit:

«1. Indépendamment de la faculté mentionnée à l'article précédent, une Partie pourra, en adhérant au présent Acte général, subordonner son acceptation aux réserves limitativement énumérées dans le paragraphe suivant. Ces réserves devront être indiquées au moment de l'adhésion.

2. Ces réserves pourront être formulées de manière à exclure des procédures décrites par le présent acte:

- a) les différends nés de faits antérieurs, soit à l'adhésion de la partie qui formule la réserve, soit à l'adhésion d'une autre partie avec laquelle la première viendrait à avoir un différend;
- b) les différends portant sur des questions que le droit international laisse à la compétence exclusive des Etats;
- c) les différends portant sur des affaires déterminées, ou des matières spéciales nettement définies, telles que le statut territorial, ou rentrant dans des catégories bien précisées.

3. Si une des parties en litige a formulé une réserve, les autres parties pourront se prévaloir vis-à-vis d'elle de la même réserve.

4. In the case of Parties who have acceded to the provisions of the present General Act relating to judicial settlement or to arbitration, such reservations as they may have made shall, unless otherwise expressly stated, be deemed not to apply to the procedure of conciliation.”

The reservations made by India do not fall under the permissible reservations exhaustively set out in Article 39 of the General Act.

62. I would also draw the attention to Article 41 of the General Act which reads as follows:

“Disputes relating to the interpretation or application of the present General Act, including those concerning the classification of disputes and the scope of reservations, shall be submitted to the Permanent Court of International Justice.”

This jurisdiction is saved to the present Court by virtue of Article 37 of the Statute. Consequently, since questions of interpretation and application of the General Act have arisen, including those concerning the scope of reservations and their admissibility, the International Court of Justice has jurisdiction to determine the matter.

63. The Court has jurisdiction under Article 17 of the General Act, notwithstanding India’s reservation as was held by the Court in the *Appeal relating to the Jurisdiction of the ICAO Council, Judgment, I.C.J. Reports 1972*, p. 53 and, in view of the observations made in this behalf in the joint dissenting opinion in the case concerning *Nuclear Tests (Australia v. France)*, *I.C.J. Reports 1974*, p. 253, paras. 91, 94, 95 and 97.

64. In any case, there is lack of good faith on the part of India. In the case of *Cameroon v. Nigeria*, the Court has set out the principle of good faith:

“The Court observes that the principle of good faith is a well-established principle of international law. It is set forth in Article 2, paragraph 2, of the Charter of the United Nations; it is also embodied in Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969.” (*Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 296, para. 38.)

65. In view of these considerations, I am of the opinion that the Court is competent to exercise jurisdiction under Articles 17, 39 and 41 of the General Act, read with Article 36, paragraph 1, and Article 37 of the Statute.

Without prejudice to the above, the following observations may be made.

*

4. Pour les parties ayant adhéré aux dispositions du présent Acte relatives au règlement judiciaire ou au règlement arbitral, les réserves qu'elles auraient formulées seront, sauf mention expresse, comprises comme ne s'étendant pas à la procédure de conciliation.»

Les réserves faites par l'Inde ne font pas partie des réserves permises qui sont limitativement énumérées à l'article 39 de l'Acte général.

62. J'aimerais aussi appeler l'attention sur l'article 41 de l'Acte général, qui est ainsi conçu :

«Les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application du présent Acte général, y compris ceux relatifs à la qualification des litiges et à la portée des réserves éventuelles, seront soumis à la Cour permanente de Justice internationale.»

Cette compétence a été transmise à la Cour actuelle en vertu de l'article 37 du Statut. En conséquence, puisque des questions se posent relativement à l'interprétation ou à l'application de l'Acte général, y compris la portée et la recevabilité des réserves éventuelles, la Cour internationale de Justice a compétence en la matière.

63. La Cour a compétence en vertu de l'article 17 de l'Acte général, nonobstant la réserve de l'Inde, comme elle l'a jugé dans l'affaire de *l'Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI* (arrêt, *Recueil C.I.J.* 1972, p. 53) et compte tenu des observations faites sur ce point dans l'opinion dissidente commune dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, *C.I.J. Recueil* 1974, p. 253, par. 91, 94, 95 et 97.

64. De toute façon, il y a un manque de bonne foi de la part de l'Inde. Dans l'affaire entre le Cameroun et le Nigéria, la Cour a énoncé dans les termes suivants le principe de la bonne foi :

«La Cour observera que le principe de la bonne foi est un principe bien établi du droit international. Il est énoncé au paragraphe 2 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies; il a aussi été incorporé à l'article 26 de la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.» (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil* 1998, p. 296, par. 38.)

65. Compte tenu des considérations qui précèdent, j'estime que la Cour a compétence pour exercer sa juridiction conformément aux articles 17, 39 et 41 de l'Acte général, rapprochés du paragraphe 1 de l'article 36 et de l'article 37 du Statut.

Sans préjudice de ce qui vient d'être dit, on peut faire les observations suivantes.

*

RESERVATIONS

General Observations

66. Some general remarks may be made as to the reservations. The observations made by two distinguished former Presidents of the Court may be reproduced.

Dr. Nagendra Singh (India):

“Over the years however, States have come to attach more and more exceptions and reservations and exclusions to their declarations of acceptance until today the declaration of India, for example, contains eleven separate reservations one of which is subdivided into five subsections . . .

Yet when such an acceptance is so whittled away, or hedged around with reservations and exclusions, that the actual kernel of jurisdiction remaining is minimal, the effect of such a gesture can hardly be regarded as encouraging . . . the apparent simplicity of the optional clause, a simplicity which appears to have been intended by its creators, has disappeared under the shadow of a thicket of overlapping and interconnecting reservations, making the task of the Court based on optional clause jurisdiction in some cases an extremely difficult one.” (Judge Nagendra Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, pp. 19, 20.)

Sir Muhammad Zafrulla Khan (Pakistan):

“In other words, and this is the point which it is worth stressing, as the composition of the United Nations has become wider, the idea of compulsory judicial settlement, which was favoured by so many of the States gathered at San Francisco in 1945, has also found increased acceptance, but at a markedly slower rate. The system of compulsory judicial settlement was of course not built in as an integral part of the United Nations peace-keeping machine; but it is to be feared that widespread hesitation in the acceptance of that system may betray certain reserve with regard to the general principle of judicial settlement of disputes, which, as we have seen, was built into the United Nations system.

Another discouraging tendency, the seeds of which were sown in 1946, is that of depositing declarations of acceptance of the Court's compulsory jurisdiction subject to reservations. Reservations of this kind have been before the Court on more than one occasion, and have been the subject of severe criticism. Nevertheless, although in recent years there has been some improvement in this respect, there are still deposited with the Secretary-General, and not withdrawn, declarations of this kind which, as recognitions of jurisdiction, are no more than the shadow without the substance.” (*Ibid.*, p. 294.)

RÉSERVES

Observations générales

66. Quelques remarques générales peuvent être faites au sujet des réserves. Nous rappellerons ici les observations de deux éminents anciens présidents de la Cour.

M. Nagendra Singh (Inde):

«Au cours des ans, cependant, les Etats ont assorti leurs déclarations d'acceptation d'un nombre de plus en plus grand d'exceptions, de réserves et d'exclusions, si bien qu'aujourd'hui la déclaration de l'Inde, par exemple, contient onze réserves distinctes, dont l'une est subdivisée en cinq paragraphes...

Pourtant, lorsque l'acceptation est amenuisée ou encadrée par des réserves et exclusions, au point que le noyau de juridiction qui demeure est minime, l'effet d'un tel geste ne peut guère être considéré comme encourageant... La simplicité apparente de la clause facultative, simplicité qui semble avoir été voulue par ses créateurs, a disparu sous une broussaille de réserves qui se chevauchent et s'entrecroisent, ce qui rend parfois extrêmement difficile la tâche de la Cour lorsque sa compétence est fondée sur la clause facultative.» (M. Nagendra Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, p. 19 et 20.)

Sir Muhammad Zafrulla Khan (Pakistan):

«En d'autres termes, et c'est là ce qu'il est intéressant de souligner, avec l'élargissement de la composition de l'Organisation des Nations Unies, l'idée d'un règlement judiciaire obligatoire, à laquelle un si grand nombre des Etats rassemblés à San Francisco en 1945 étaient favorables, a aussi été de plus en plus largement acceptée, mais beaucoup plus lentement. Bien entendu, le système du règlement judiciaire obligatoire ne faisait pas partie intégrante du mécanisme de maintien de la paix des Nations Unies; cependant, il est à craindre que l'hésitation générale à accepter ce système ne trahisse une certaine réserve à l'égard du principe général du règlement judiciaire des différends qui, comme nous l'avons vu, était intégré au système des Nations Unies.

Une autre tendance décourageante, qui était déjà en germe en 1946, est celle qui consiste à déposer des déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour en les assortissant de réserves. La Cour a eu à plusieurs reprises à examiner les réserves de ce type, et ces réserves ont été sévèrement critiquées. Néanmoins, bien qu'il y ait eu ces dernières années quelques progrès à cet égard, de telles déclarations restent déposées auprès du Secrétaire général et ne sont pas retirées, déclarations qui, en tant que reconnaissance de la juridiction de la Cour, ne sont qu'un fantôme sans substance.» (*Ibid.*, p. 294.)

In view of the observations aforesaid, validity of India's reservations is open to question.

*

ARTICLE 36, PARAGRAPH 2, OF THE STATUTE OF THE COURT
AND THE INDIAN RESERVATION

67. Pakistan has tried to establish that a reservation which is not permissible under Article 36, paragraph 3, of the Statute has no legal effect when objection is taken to it by the applicant State. Such a reservation has been described as *ultra vires* of Article 36 of the Statute or an extra-statutory reservation.

68. During the oral submissions Pakistan pleaded:

“(a) . . . the Commonwealth reservation which India claims to invoke, lies outside the range of reservations which are permitted by Article 36, paragraph 3, of the Statute. The language of this paragraph is clear. Declarations shall be made either unconditionally or upon two possible conditions: reciprocity or for a certain time. I shall refer to reservations which fall outside the permitted scope as ‘extra-statutory’. I shall submit that an extra-statutory reservation made by a defendant State may be applied by the Court against a plaintiff State only if there is something in the case which allows the Court to conclude, and I emphasize to conclude, that the plaintiff has accepted the reservation. Such acceptance can be inferred in two situations. One is where the plaintiff State has itself made the same or a comparable reservation. The other is when the plaintiff, being confronted by the invocation of the reservation by the defendant State, has shown itself willing to join issue on the interpretation of the content of the reservation, without challenging its opposability to itself. But if the plaintiff challenges the applicability of the reservation, and I emphasize this, then the Court must decide, by reference to its content and the circumstances, whether it is applicable or opposable as against the plaintiff.” (CR 2000/1, pp. 17-18 (Munshi).)

“The obvious answer — an answer Pakistan is now challenging — is that the State practice has modified the express terms of Article 36, paragraph 3, and people generally have come to believe that any kind of reservation is permissible with the possible exception, perhaps, of reservations which seek to deprive the Court of the right to determine questions relating to its own jurisdiction — the so-called automatic reservations.

The first comment to be made on this is that the number of States

Compte tenu des observations qui précèdent, la validité des réserves de l'Inde peut être mise en doute.

*

LE PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE 36 DU STATUT DE LA COUR
ET LA RÉSERVE DE L'INDE

67. Le Pakistan s'est efforcé d'établir qu'une réserve qui n'est pas autorisée par le paragraphe 3 de l'article 36 du Statut n'a pas d'effet juridique à l'égard de l'Etat requérant lorsque celui-ci a fait objection à cette réserve. Une telle réserve a été décrite comme sortant du cadre de l'article 36 du Statut, autrement dit comme étant de caractère extra-statutaire.

68. A l'audience, le Pakistan a développé l'argumentation suivante:

«a) ... 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 à 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.» (CR 2000/1, p. 17-18 (Munshi).)

«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.

La première observation qu'appelle ce raisonnement est que le

concerned is limited. One hundred and eighty-five States are parties to the Statute of the Court. Sixty States are parties to the optional clause. Of these, 23 have signed without any extra-statutory reservations. Of the 37 who have signed with reservations that fall outside the range of Article 36, paragraph 3, 14 have made these reservations relating either to matters of domestic jurisdiction, which hardly amounts to a reservation in the real sense, or have excluded disputes for which other means of settlement exist. So the number of States with real extra-statutory reservations seems to amount to no more than 23 (the same number as those who have not made extra-statutory reservations). Those 23 represent only about 38 per cent of the signatories of the parties to the Statute. It would not seem proper, therefore, to allow so unrepresentative a number of States to have the power of amending the clear text of Article 36, paragraph 3, of the Statute." (CR 2000/1, p. 21 (Munshi).)

69. Pakistan's pleas may be examined in the context of the Judgments of the Court. In the recent case concerning *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, the Court gave effect to a Canadian reservation to the optional clause relating to fisheries conservation and management matters. That reservation apparently fell outside the ambit of reservations permitted by Article 36, paragraph 3. The Court described Spain's position regarding the relevant reservation as follows:

"Spain appears at times to contend that Canada's reservation is invalid or inoperative by reason of incompatibility with the Court's Statute, the Charter of the United Nations and with international law. However, Spain's position mainly appears to be that these claimed incompatibilities require an interpretation to be given to paragraph 2 (d) of the declaration different from that advanced by Canada." (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, p. 451, para. 40.)

Having referred to the Spanish arguments, which showed that Spain's main dispute with Canada related to the interpretation of the reservation, the Court stated:

"Accordingly, the Court concludes that Spain contends that the 'interpretation' of paragraph 2 (d) of its declaration sought for by Canada would not only be an anti-statutory interpretation, but also an anti-Charter interpretation and an anti-general international law interpretation, and thus should not be accepted. The issue for the Court is consequently to determine whether the meaning to be accorded to the Canadian reservation allows the Court to declare

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 trente-sept 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.» (CR 2000/1, p. 21 (Munshi).)

69. Les arguments du Pakistan peuvent être examinés dans le contexte des arrêts de la Cour. Dans la récente affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, la Cour a donné effet à une réserve faite par le Canada à la clause facultative concernant les questions de conservation et de gestion des pêcheries. Cette réserve sortait apparemment du cadre des réserves permises par le paragraphe 3 de l'article 36. La Cour a résumé comme suit la position de l'Espagne au sujet de cette réserve:

«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 à l'alinéa *d*) du paragraphe 2 de la déclaration une interprétation différente de celle qu'avance le Canada.» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 451, par. 40.)

Après avoir renvoyé à l'argumentation espagnole montrant que le différend de l'Espagne avec le Canada portait essentiellement sur l'interprétation de la réserve, la Cour a déclaré:

«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 com-

that it has jurisdiction to adjudicate upon the dispute brought before it by Spain's Application." (*I.C.J. Reports 1998*, pp. 451-452, para. 41.)

70. The Court therefore did not examine the validity or applicability of the Canadian reservation by noting that both States recognized "a wide liberty in formulating their declarations".

In the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* (*Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1992*, p. 240), Australia, as defendant, invoked the terms of its reservation excluding disputes "in regard to which the parties thereto have agreed or shall agree to have recourse to some other method of peaceful settlement". That was a reservation evidently outside the terms of Article 36, paragraph 3. The Court rejected the argument on the ground that no relevant alternative existed. The Court noted that Nauru's declaration also contained a similar reservation and thus assumed willingness on the part of the two countries to accept and give effect to the reservation.

71. In the *Nicaragua* case, the Court merely interpreted the second type of condition permitted under Article 36, paragraph 3, i.e. "for a *certain time*". It stated:

"In particular, it [a declarant State] may limit its effect to disputes arising after a certain date; or it may specify how long the declaration itself shall remain in force, or what notice (if any) will be required to terminate it." (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 418, para. 59.)

The Court, in explaining the kind of reservations that may be made, limited itself to examples which fall clearly within the range permitted by Article 36, paragraph 3.

72. Reference can also be made, in this context, to the decisions of the Court in the cases of *Certain Norwegian Loans* and the *Interhandel*. The validity or applicability of the automatic reservation was not adjudicated upon. In the words of Professor Ian Brownlie:

"In principle this form of reservation is incompatible with the Statute of the Court, since it contradicts the power of the Court to determine its own jurisdiction and is not a genuine acceptance of jurisdiction *ante hoc*. (Footnote: The Court has avoided the issue when it has been raised, as in the *Case of Certain Norwegian Loans*, ICJ Reports (1957), 9; and the *Interhandel* case, *ibid.* (1959), 6. However, a number of judges have held the reservation to be illegal; see ICJ Reports (1957), 42ff. (Lauterpacht), 68-70 (Guerrero); *ibid.* (1959), 55-9 (Spender), 76-8 (Klaestad), 92-4 (Armand-Ugon), 97ff.)" (Professor Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., p. 723.)

73. The comments of Professor Rosenne may also be mentioned:

pétente pour statuer sur le différend porté devant elle par la requête de l'Espagne.» (*C.I.J. Recueil 1998*, p. 451-452, par. 41.)

70. La Cour n'a donc pas examiné la validité de la réserve canadienne ni son applicabilité, en notant que les deux Etats ont reconnu que les Etats disposent d'«une grande liberté pour formuler... leur déclaration».

Dans l'affaire de *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240, l'Etat défendeur, l'Australie, a invoqué les termes de sa réserve qui excluent les différends «au sujet desquels les parties ont convenu ou conviennent de recourir à une autre procédure de règlement pacifique». C'était là une réserve qui sortait manifestement du cadre du paragraphe 3 de l'article 36. La Cour a rejeté l'argument au motif qu'il n'existait pas d'autre moyen de règlement pertinent. Notant que la déclaration de Nauru contenait aussi une réserve analogue, elle a présumé que les deux pays étaient disposés à accepter la réserve et à lui donner effet.

71. Dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour s'est bornée à interpréter le second type de conditions permises par le paragraphe 3 de l'article 36, celles qui peuvent être faites «pour un délai déterminé». Elle a déclaré :

«Il [l'Etat déclarant] peut en particulier en limiter l'effet aux différends survenant après une certaine date, ou spécifier la durée pour laquelle la déclaration elle-même reste en vigueur ou le préavis qu'il faudra éventuellement donner pour y mettre fin.» (*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. 418, par. 59.)

Pour expliquer les types de réserves qui peuvent être faites, la Cour s'est limitée à des exemples qui s'inscrivent manifestement dans la catégorie des réserves permises par le paragraphe 3 de l'article 36.

72. On peut mentionner aussi à cet égard les décisions rendues par la Cour dans les affaires de *Certains emprunts norvégiens* et de *Interhandel*. La Cour n'a pas statué sur la validité ou l'applicabilité de la réserve automatique. Pour citer M. Ian Brownlie :

«En principe, cette forme de réserve est incompatible avec le Statut de la Cour, car elle contredit le pouvoir de la Cour de statuer sur sa propre compétence et ne constitue pas une authentique acceptation de la juridiction *ante hoc*. (Note: la Cour a éludé la question lorsque celle-ci a été soulevée, par exemple dans l'affaire de *Certains emprunts norvégiens*, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 9; et dans l'affaire de *Interhandel*, *ibid.*, 1959, p. 6. Néanmoins, plusieurs juges ont considéré que cette réserve était illégale; voir *C.I.J. Recueil 1957*, p. 42 et suiv. (Lauterpacht), p. 68-70 (Guerrero); *ibid.*, 1959, p. 55-59 (Spender), p. 76-78 (Klaestad), p. 92-94 (Armand-Ugon), p. 97 et suiv.)» (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5^e éd., p. 723.)

73. On peut mentionner aussi les commentaires de M. Rosenne :

“The *Norwegian Loans*, *Interhandel* and *Right of Passage* (Preliminary Objections) cases are three principal instances of judicial discussion of the validity of a reservation. In each of those instances it was argued that a particular reservation was incompatible with the optional clause, so that the whole declaration was ineffective to establish the compulsory jurisdiction. Although the parties argued the cases on the basis of the compatibility of the reservation with the system of the compulsory jurisdiction, the Court did not place itself on the same basis.

This leads to the conclusion that if, in principle and in practice, reservations other than those envisaged in Article 36, paragraph 3, of the Statute are not in themselves inadmissible, the validity of any specific reservation is a matter to be decided in each case.” (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. II, *Jurisdiction*, pp. 770, 771.)

74. Pakistan’s contentions as to inapplicability and/or lack of opposability to Pakistan of India’s Commonwealth reservation are not inconsistent with the decisions of the Court involving anti-statutory reservations. Moreover, views expressed by some of the Judges of the Court in their opinions in the *Fisheries Jurisdiction* case (reproduced hereafter in paragraphs 89-91) support the contention of Pakistan. Reference may also be made to the following:

“The expectation was that a general system of compulsory jurisdiction would be generated as declarations multiplied. The conception was sound enough, but the conditions in which the system has functioned have reduced its effectiveness. The negative factors are generally the lack of confidence in international adjudication on the part of governments, the practice accepted by the Court, of making declarations, subject to various reservations and conditions, frequently arbitrary in extent, and ambiguous in form, and the tactical advantages of staying out of the system.” (Professor Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 721.)

R. P. Anand, the well-known Indian writer, states:

“As we have said earlier, the Optional Clause does not stand by itself. It is an integral part of the Statute and adherence to the Optional Clause means adherence to the whole of the Statute. It does not appear to be open to states in their unilateral declarations to make their acceptance of jurisdiction conditional upon non-application of constitutional provisions of the Court’s Statute. The Court is required, both by Article 92 of the Charter and Article 1 of the Statute, to function in accordance with the Statute. Indeed, the old Court, even though it was not bound by such an express injunction to observe the Statute, held in the *Free Zones* case that it had no power to depart from the terms of the Statute on the proposal of the

«Les affaires des *Emprunts norvégiens*, de l'*Interhandel* et du *Droit de passage* (exceptions préliminaires) offrent trois exemples importants d'examen par la Cour de la validité d'une réserve. Dans chacun de ces exemples, il a été soutenu qu'une certaine réserve était incompatible avec la clause facultative, si bien que la déclaration tout entière était inopérante et ne permettait pas de fonder la juridiction obligatoire. Bien que les Parties aient fait reposer leur argumentation sur la compatibilité de la réserve avec le système de la juridiction obligatoire, la Cour ne s'est pas placée sur le même terrain.

Cela nous amène à la conclusion que si, en principe et en pratique, les réserves autres que celles qui sont envisagées par le paragraphe 3 de l'article 36 du Statut ne sont pas, en elles-mêmes, irrecevables, la validité d'une réserve doit être appréciée dans chaque espèce.» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, *Jurisdiction*, p. 770, 771.)

74. Les conclusions du Pakistan concernant l'inapplicabilité de la réserve Commonwealth de l'Inde ou son inopposabilité au Pakistan ne sont pas incompatibles avec les décisions rendues par la Cour lorsqu'étaient en cause des réserves contraires au Statut. En outre, les avis exprimés par certains des juges de la Cour dans leurs opinions dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* (voir plus loin aux paragraphes 89 à 91) confortent la thèse du Pakistan. On peut aussi citer le passage suivant :

«On a pensé qu'un système général de juridiction obligatoire se dégagerait à mesure que les déclarations se multiplieraient. L'idée était bonne, mais les conditions dans lesquelles le système a fonctionné ont réduit son efficacité. Les facteurs négatifs sont, de manière générale, le manque de confiance des gouvernements dans la justice internationale, la pratique, acceptée par la Cour, consistant à assortir les déclarations de réserves et conditions diverses, souvent arbitraires dans leur portée et ambiguës dans leur forme, et l'avantage tactique qu'il y a à rester en-dehors du système.» (Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, p. 721.)

R. P. Anand, célèbre auteur indien, déclare :

«Comme nous l'avons dit déjà, la clause facultative n'existe pas isolément. Elle fait partie intégrante du Statut, et adhérer à la clause facultative signifie adhérer à l'ensemble du Statut. Il ne semble pas que les Etats, dans leurs déclarations unilatérales, aient la faculté de soumettre leur acceptation de la juridiction à la condition que des dispositions constitutionnelles du Statut de la Cour ne soient pas appliquées. La Cour est tenue, à la fois par l'article 92 de la Charte et par l'article 1 de son Statut, de fonctionner conformément au Statut. La Cour permanente, bien qu'elle ne fût pas tenue par une disposition expresse semblable de respecter son Statut, a même jugé, dans l'affaire des *Zones franches*, qu'elle n'avait pas le pouvoir

parties to a case. The Optional Clause, therefore, although it leaves to an individual state large discretion as to the terms on which it accepts the compulsory jurisdiction, does not permit a state to make a declaration which is incompatible with the fixed constitutional provisions of the Court's Statute." (R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, p. 189.)

Declarations

75. In the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, the Court held that the declarations of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court are facultative, unilateral engagements and a State is either free to do so unconditionally or to qualify it with conditions or reservations. The Court also held that in fact, the declarations, even though they are unilateral acts, establish a series of bilateral engagements with other States and in the establishment of this network of engagements, which constitutes the optional clause system, the principle of good faith plays an important role. Paragraphs 59 and 60 of the Judgment are to be read together.

"One of the basic principles governing the creation and performance of legal obligations, whatever their source, is the principle of good faith. Trust and confidence are inherent in international co-operation, in particular in an age when this co-operation in many fields is becoming increasingly essential. Just as the very rule of *pacta sunt servanda* in the law of treaties is based on good faith, so also is the binding character of an international obligation assumed by unilateral declaration. Thus interested States may take cognizance of unilateral declarations and place confidence in them, and are entitled to require that the obligation thus created be respected." (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 418, para. 60.)

Rule of Interpretation

76. An interpretation which leads to something unreasonable is contrary to the rule laid down by the Permanent Court and this Court:

"By the Permanent Court in the *Polish Postal Service in Danzig (P.C.I.J., Series B., No. 11, p. 39)*

'It is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense which they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd.'

d'écarter les termes du Statut sur la proposition des parties à un différend. La clause facultative, même si elle laisse aux Etats une grande liberté quant aux conditions dont ils peuvent assortir leur acceptation de la juridiction obligatoire, ne leur permet donc pas de faire une déclaration incompatible avec les dispositions constitutionnelles expresses du Statut de la Cour.» (R. P. Anand, *Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, p. 189.)

Déclarations

75. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, la Cour a décidé que les déclarations d'acceptation de sa juridiction obligatoire constituent des engagements facultatifs, de caractère unilatéral, que les Etats sont libres de faire, soit sans condition, soit en les assortissant de conditions ou de réserves. La Cour a aussi jugé que, en fait, les déclarations, bien qu'étant des actes unilatéraux, établissent une série de liens bilatéraux avec les autres Etats et que, dans l'établissement de ce réseau d'engagements qui constitue le système de la clause facultative, le principe de la bonne foi joue un rôle essentiel. Les paragraphes 59 et 60 de l'arrêt doivent être lus comme un tout.

«L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable. Tout comme la règle du droit des traités *pacta sunt servanda* elle-même, le caractère obligatoire d'un engagement international assumé par déclaration unilatérale repose sur la bonne foi. Les Etats intéressés peuvent donc tenir compte des déclarations unilatérales et tabler sur elles; ils sont fondés à exiger que l'obligation ainsi créée soit respectée.» (*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. 418, par. 60.)

Règles d'interprétation

76. Une interprétation qui conduit à un résultat déraisonnable est contraire à la règle fixée par la Cour permanente et par la Cour actuelle:

«[P]ar la Cour permanente dans l'affaire du *Service postal polonais à Dantzig (C.P.J.I. série B n° 11, p. 39)*:

«C'est un principe fondamental d'interprétation que les mots doivent être interprétés selon le sens qu'ils auraient normalement dans leur contexte, à moins que l'interprétation ainsi donnée ne conduise à des résultats déraisonnables ou absurdes.»

This rule was approved in the Advisory Opinion of this Court: (*Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*, I.C.J. Reports 1950, at page 8." (*Certain Norwegian Loans, Judgment*, I.C.J. Reports 1957, p. 95.))

77. I am therefore of the opinion that the principle of good faith is lacking in India's declaration and that the interpretation put by India on its reservation is unreasonable.

*

CHARTER OF THE UNITED NATIONS

78. Pakistan in its Memorial invoked the jurisdiction of the Court on the basis of Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court read with Article 1, paragraph 1, Article 2, paragraphs 3 and 4; Article 33, Article 36, paragraph 3, and Article 92 of the United Nations Charter.

79. The Preamble of the Charter was referred to and relied upon by Judge *ad hoc* Ajibola in his separate opinion in the *Genocide* case:

"The pioneering Member States that met in San Francisco to draft the United Nations Charter devoted a great deal of effort to ensuring that peace, security, justice and the pacific settlement of disputes would be ensured and thoroughly incorporated into the Charter. Hence they spelt out, in clear terms, some of their goals and aspirations to ensure the supremacy of international law, peace, security and justice among all nations." (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 13 September 1993*, I.C.J. Reports 1993, p. 391.)

80. Judge Weeramantry dealt with the purposes of the United Nations in his separate opinion in the *Maritime Delimitation* case:

"The Charter of the United Nations in Article 1 sets out as one of the Purposes of the United Nations that 'To maintain international peace and security' it shall 'bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, [the] adjustment or settlement of international disputes . . .' The International Court of Justice has been set up within that framework as one of the principal organs of the United Nations and is thus obliged to act in the adjustment and settlement of international disputes 'in conformity with the principles of justice and international law'." (*Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment*, I.C.J. Reports 1993, p. 241, para. 99.)

La règle ainsi posée a été approuvée dans l'avis consultatif rendu par la Cour en l'affaire de la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un Etat aux Nations Unies*, C.I.J. Recueil 1950, page 8.» (*Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 95.)

77. J'estime donc que la bonne foi est absente de la déclaration de l'Inde et que l'interprétation que l'Inde donne à sa réserve est déraisonnable.

*

LA CHARTE DES NATIONS UNIES

78. Le Pakistan, dans son mémoire, a invoqué la compétence de la Cour sur la base du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut de la Cour, rapproché du paragraphe 1 de l'article 1, des paragraphes 3 et 4 de l'article 2, de l'article 33, du paragraphe 3 de l'article 36 et de l'article 92 de la Charte des Nations Unies.

79. M. Ajibola, juge *ad hoc* dans l'affaire du *Génocide*, a invoqué dans son opinion individuelle le *préambule* de la Charte :

«Les Etats qui se sont réunis à San Francisco pour faire œuvre de pionniers et rédiger la Charte des Nations Unies ont déployé des efforts considérables pour faire en sorte que la paix, la sécurité, la justice et le règlement pacifique des différends soient assurés et soient pleinement garantis par la Charte. Aussi ont-ils énoncé en termes dépourvus d'ambiguïté certains de leurs buts et certaines de leurs aspirations en vue d'assurer la primauté du droit international et la paix, la sécurité et la justice entre toutes les nations.» (*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 391.)

80. M. Weeramantry a traité des objectifs des Nations Unies dans son opinion individuelle dans l'affaire de la *Délimitation maritime* :

«La Charte des Nations Unies, en son article 1, stipule que l'un des buts des Nations Unies est de «maintenir la paix et la sécurité internationales», et à cette fin «réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ... de caractère international...» La Cour a été créée dans ce cadre comme l'un des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, et elle est donc tenue d'agir, pour l'ajustement et le règlement des différends internationaux, «conformément aux principes de la justice et du droit international.» (*Délimitation maritime dans la région située entre le Groenland et Jan Mayen, arrêt, C.I.J. Recueil 1993*, p. 241, par. 99.)

81. In the declaration appended by Judge Ni in this case, he stated the following:

“it can also be argued that it is provided in Article 92 of the United Nations Charter that the International Court of Justice shall be the principal judicial organ of the United Nations which is given the power, under Article 36 of the Court’s Statute, to settle ‘all legal disputes concerning (a) the interpretation of a treaty; (b) any question of international law . . .’” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 20*).

82. Judge *ad hoc* Ajibola appended a dissenting opinion in which the following was stated:

“To me, the fundamental focus and obligation *as judges of the Court must be to do justice in accordance with the spirit of Article 1 of the Charter*: to maintain international peace and security; to take effective measures to prevent and remove all threats to peace; to suppress all threats of aggression or any form of breaches of peace in any part of the world within the spirit of the Charter and in accordance with international law.

To me, justice requires prompt action to prevent deterioration of peaceful co-existence among nations of the world. No one goes to sleep when the house is burning.

Finally, justice of this case requires that we should act in consonance and within the spirit and content of Article 2 (3) of the Charter, which states:

‘All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered’.” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992, p. 93; emphasis added.*)

83. Dr. Nagendra Singh has written an instructive and illuminating account of *The Role and Record of the International Court of Justice*. His analysis and conclusions may be summed up:

“If we turn to the Statute of the Court, which it must be recalled is an integral part of the Charter, there are again a number of provisions which throw a light on the relationship between the Court and the United Nations.

81. Dans la déclaration qu'il a faite dans l'affaire *Lockerbie*, M. Ni a déclaré :

«On peut soutenir aussi que l'article 92 de la Charte des Nations Unies stipule que la Cour internationale de Justice constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies et qu'aux termes de l'article 36 de son Statut la Cour a reçu le pouvoir de régler «tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité; b) tout point de droit international...» (*Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 20*).

82. M. Ajibola, juge *ad hoc*, a rédigé dans la même affaire une opinion dissidente dans laquelle il déclarait :

«Selon moi, notre préoccupation et notre obligation fondamentales, en tant que juges de la Cour, doit être de rendre la justice selon l'esprit de l'article 1 de la Charte : maintenir la paix et la sécurité internationales; prendre des mesures efficaces en vue de prévenir et d'écartier toute menace à la paix; réprimer toutes les menaces d'agression ou toute forme de rupture de la paix dans toute partie du monde dans l'esprit de la Charte et conformément au droit international.

A mes yeux, la justice exige que des mesures soient prises sans tarder pour empêcher la détérioration de la coexistence pacifique entre les nations du monde. Quand la maison brûle, ce n'est pas le moment de s'endormir.

Finalement, la justice, dans la présente affaire, nous impose d'agir selon l'esprit et la lettre même du paragraphe 3 de l'article 2 de la Charte qui proclame :

«Les Membres de l'Organisation règlent leurs différends internationaux par des moyens pacifiques, de telle manière que la paix et la sécurité internationales ainsi que la justice ne soient pas mises en danger.» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 93; les italiques sont de moi.*)

83. M. Nagendra Singh a écrit un ouvrage instructif et brillant sur le rôle et l'œuvre de la Cour internationale de Justice. Son analyse et ses conclusions se résument ainsi :

«Si nous examinons maintenant le Statut de la Cour qui, il faut le rappeler, fait partie intégrante de la Charte, nous y trouvons à nouveau un certain nombre de dispositions qui éclairent les relations entre la Cour et l'Organisation des Nations Unies.

Article 38 of the Statute states that the function is 'to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it'. The essential point to notice is that the Court, although it is an organ of the United Nations, is not limited to applying some sort of 'United Nations law', but is entitled and indeed bound to apply general international law in force between all States. Speaking in very general terms, it is undoubtedly for the Court to apply the purposes and principles of the United Nations as stated in Articles 1 and 2 of the Charter, but it is bound to do so by giving decisions 'in accordance with international law'." (Judge Nagendra Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, p. 43.)

"The International Court of Justice has proved to be one of the successful organs of the United Nations. Yet for certain periods of its history it has been regrettably under-used. This has been formally recognized by this Assembly, and here I need only cite resolution 3232 (XXIX), adopted in 1974, and the Manila Declaration, approved in 1982, both of which devote lengthy paragraphs to exhorting States to take a positive and active attitude to the role of the Court in the peaceful settlement of disputes. The same concern is evident in the recent valuable study on the role of the Court produced by the Asian-African Legal Consultative Committee, which has been circulated to the Assembly. What all these exhortations call for, in fact, is that States make the possibility of judicial settlement a constant of their diplomacy." (*Ibid.*, p. 317.)

84. I am therefore of the opinion that in the circumstances of the case the Court ought to have acted in consonance with the spirit and content of the relevant Articles of the Charter, as reflected in the aforesaid opinions of the judges of the Court, especially under Article 2, paragraph 3, of the Charter as opined by Judge Ajibola.

*

BREACHES OF THE OBLIGATIONS OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW BY INDIA

85. In its Application of 21 September 1999, Pakistan sets out the following in the legal grounds on which the claim is based:

"(3) *Breaches of the obligations of customary international law not to use force against another State*

India committed breaches of the obligations imposed on States by customary international law not to use force against another State. By attacking and shooting down Pakistan's unarmed aircraft inside

L'article 38 du Statut dispose que la Cour a pour mission «de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis». Le point essentiel à relever est que la Cour, bien qu'elle soit un organe de l'Organisation des Nations Unies, n'est pas tenue de se limiter à appliquer une espèce de «droit des Nations Unies», mais a le droit, et même l'obligation, d'appliquer le droit international général en vigueur entre tous les Etats. De manière très générale, il appartient indubitablement à la Cour d'appliquer les buts et principes de l'Organisation des Nations Unies tels qu'ils sont énoncés dans les articles 1 et 2 de la Charte, mais elle est tenue de le faire en rendant des décisions «conformément au droit international.» (M. Nagendra Singh, *The Role and Record of the International Court of Justice*, p. 43.)

«La Cour internationale de Justice est l'un des organes des Nations Unies dont la réussite est avérée. Et pourtant, pendant certaines périodes de son histoire, elle a été tristement sous-utilisée. L'Assemblée générale l'a reconnu officiellement, et je citerai seulement la résolution 3232 (XXIX), adoptée en 1974, et la déclaration de Manille, approuvée en 1982, qui toutes deux contiennent de longs paragraphes exhortant les Etats à adopter une attitude positive et active à l'égard du rôle de la Cour dans le règlement pacifique des différends. La même préoccupation est manifeste dans l'étude très intéressante qu'a consacrée récemment au rôle de la Cour le comité consultatif juridique africano-asiatique, et qui a été distribuée à l'Assemblée. Toutes ces exhortations, en fait, reviennent à demander que les Etats fassent de la possibilité du règlement juridictionnel une constante de leur diplomatie.» (*Ibid.*, p. 317.)

84. Je suis donc d'avis que, dans les circonstances de l'espèce, la Cour aurait dû agir conformément à l'esprit et à la lettre des articles pertinents de la Charte, qui sont invoqués dans les opinions précitées des juges de la Cour, et en particulier conformément au paragraphe 2 de l'article 2 de la Charte, comme le dit le juge Ajibola dans son opinion.

*

VIOLATION PAR L'INDE DE SES OBLIGATIONS DE DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER

85. Dans sa requête du 21 septembre 1999, le Pakistan invoque à l'appui de sa requête les moyens de droit suivants:

«3) *Violation de l'obligation faite par le droit international coutumier de ne pas recourir à la force contre un autre Etat*

L'Inde a manqué à l'obligation faite aux Etats par le droit international coutumier de ne pas employer la force contre un autre Etat. En attaquant et en abattant, sans sommation et sans qu'il y ait eu

Pakistan's air space, without warning and without any provocation on its part, constitute serious breach of that obligation.

(4) *Breaches of the obligation of customary international law not to violate the sovereignty of another State*

The incursion into Pakistan's air space by the Indian air force jet fighters and their attack on, and shooting down of, unarmed Pakistan's naval aircraft on routine training mission inside Pakistan air space constitutes violation of Pakistan's sovereignty and breach by India of its obligation under customary international law." (Application of Pakistan of 21 September 1999, pp. 4, 6.)

In the oral submissions it was asserted:

"Pakistan does not abandon the contention that reference may properly be made to the United Nations Charter, and particularly to Article 4, paragraph 2, as a confirmation and crystallization of the general rules of customary international law on the substantive issues raised by the facts in the present case." (CR 2000/1, p. 44, para. 54 (Lauterpacht)).

86. The findings of the Court in the *Nicaragua* case in 1984 are fully applicable to the circumstances of the case:

"It may be first noted that the multilateral treaty reservation could not bar adjudication by the Court of all Nicaragua's claims, because Nicaragua, in its Application, does not confine those claims only to violations of the four multilateral conventions referred to above (paragraph 68). On the contrary, Nicaragua invokes a number of principles of customary and general international law that, according to the Application, have been violated by the United States. The Court cannot dismiss the claims of Nicaragua under principles of customary and general international law, simply because such principles have been enshrined in the texts of the conventions relied upon by Nicaragua." (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 423, 424, 425, paras. 71, 74.)

87. Judge Lachs in his separate opinion in the *Lockerbie* case (*Libya v. United Kingdom*) rightly observed "[t]here is no doubt that the Court's task is 'to ensure respect for international law . . .' It is its principal guardian." (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, pp. 26, 27.)

88. Reference may be made to the illuminating observations by Judge

provocation de sa part, un avion non armé du Pakistan dans l'espace aérien pakistanais, l'Inde a gravement failli à cette obligation.

4) *Violation de l'obligation faite par le droit international coutumier de ne pas violer la souveraineté d'un autre Etat*

L'incursion d'avions de chasse de l'armée indienne dans l'espace aérien pakistanais et l'attaque et la destruction d'un avion non armé de la marine pakistanaise effectuant des exercices de routine à l'intérieur de l'espace aérien national constituent une violation de la souveraineté du Pakistan et une violation par l'Inde de l'obligation que lui impose le droit international coutumier.» (Requête du Pakistan du 21 septembre 1999, p. 5 et 7.)

Dans les plaidoiries, il a été affirmé que :

«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.» (CR 2000/1, p. 44, par. 54 (Lauterpacht).)

86. Les constatations de la Cour dans l'affaire du *Nicaragua* en 1984 s'appliquent parfaitement aux circonstances de la présente espèce :

«On notera 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 (paragraphe 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.» (*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, par. 73.)

87. M. Lachs, dans son opinion individuelle dans l'affaire *Lockerbie (Libye c. Royaume-Uni)*, a fait observer à juste titre qu'«il est indubitable que la mission de la Cour est d'assurer l'intégrité du droit international ... elle en est la principale gardienne» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 26, 27).

88. Nous nous reporterons aussi aux observations extrêmement inté-

Weeramantry in his dissenting opinion in the case of *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*:

“So, also, any matter that arises for adjudication within optional clause territory would be governed strictly by the rules of the United Nations Charter and the Statute of the Court. One cannot contract out of them by reservations, however framed. The basic principles of international law hold sway within this haven of legality, and cannot be displaced at the wish of the consenting State.” (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, dissenting opinion of Vice-President Weeramantry, p. 501, para. 22.)

“If, then, a State should assert that another State has sought to impose upon the applicant State a submission to the unilateral exercise of its penal jurisdiction on the high seas, to violate the basic principle of freedom of the high seas, to violate the peremptory norm of international law proscribing the use of force, to violate thereby a fundamental principle of the United Nations Charter, to violate the well-established principle of the complainant State’s exclusive sovereignty on the high seas over vessels carrying its national flag, to endanger the lives of its seamen by a violation of universally accepted conventions relating to the safety of lives at seas — can all these alleged fundamental violations of international law, which would engage the jurisdiction of the Court under the general principle of submission, be swept away by the mere assertion that all these were done as a measure of conservation of fisheries resources? Reservations do not constitute a vanishing point of legality with the consensual system.” (*Ibid.*, p. 502, para. 25.)

“It may indeed be argued, on the contrary, that the preservation of legality within the system would strengthen rather than undermine its integrity. I do not think it is open to the Court, if a violation of a bedrock principle of international law is brought to its attention, to pass by this illegality on the basis that it is subsumed within the reservations clause. Such an approach could well weaken not only the authority of the Court, but also the integrity of the entire system of international law, which is a seamless web, and cannot be applied in bits and pieces. It is within this seamless fabric of international law that the entire optional clause system functions, and that consent to the Court’s jurisdiction must be construed.” (*Ibid.*, p. 510, para. 54.)

89. Reference may also be made to the weighty observations by Judge Vereshchetin in his dissenting opinion in the same case:

“It is common knowledge that ‘jurisdiction of the Court is based

ressantes faites par M. Weeramantry dans son opinion dissidente dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)* :

«Ainsi, dès lors que la Cour est saisie d'une question relevant du domaine de la clause facultative, cette question doit elle aussi être strictement régie par les règles fixées par la Charte des Nations Unies et le Statut de la Cour. On ne saurait s'y soustraire en formulant des réserves, quelle que soit la forme qu'on leur donne. Les principes fondamentaux du droit international priment à l'intérieur de cette enclave protégée et ne sauraient être remis en cause au gré de l'Etat déclarant.» (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, *compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, opinion dissidente du vice-président Weeramantry, p. 501, par. 22).

«Si donc un Etat demandeur affirme qu'un autre Etat a tenté de le contraindre à se soumettre unilatéralement à sa juridiction pénale en haute mer, de transgresser le principe fondamental de la liberté de la haute mer, de violer la norme absolue du droit international qui proscriit l'emploi de la force, de violer ainsi un principe fondamental de la Charte des Nations Unies, de transgresser le principe bien établi de la souveraineté absolue de l'Etat demandeur, en haute mer, sur les navires battant son pavillon, de mettre en danger la vie de ses marins au mépris de conventions universellement acceptées concernant la sauvegarde de la vie humaine en mer: toutes ces violations présumées de règles fondamentales du droit international, relevant de la compétence de la Cour en vertu de la reconnaissance générale de sa juridiction, peuvent-elles être écartées d'un revers de main en affirmant simplement que toutes ces actions étaient des mesures de conservation des ressources halieutiques? Les réserves ne sont pas des trous noirs du système consensuel où le droit n'aurait plus cours.» (*Ibid.*, p. 502, par. 25.)

«On pourrait même faire valoir, au contraire, que le respect des principes juridiques à l'intérieur du système est de nature à en renforcer l'intégrité et non à l'affaiblir. Il ne me semble pas qu'il soit loisible à la Cour, si une violation d'un principe de base du droit international est portée à son attention, de fermer les yeux sur cet acte illicite au motif qu'il relève de la clause de réserve. Une telle attitude risque bel et bien de porter atteinte non seulement à l'autorité de la Cour, mais aussi à l'intégrité de l'ensemble du système du droit international, canevas d'un seul tenant qui ne saurait être appliqué par morceaux. C'est dans l'étoffe sans accroc du droit international que s'insère le système de la clause facultative, et c'est dans ce cadre qu'il convient de considérer le consentement à la juridiction de la Cour.» (*Ibid.*, p. 510, par. 54.)

89. On peut citer aussi les importantes observations faites par M. Vereshchetin dans la même affaire, dans son opinion dissidente:

«Il est notoire que «la juridiction de la Cour est fondée sur le

on the consent of the parties' . . . There are a number of rules of international law which circumscribe the principle of consent. Once a State has given its consent to the jurisdiction of the Court, be that in the form of a special agreement (*compromis*), a jurisdictional clause of a treaty, or in the form of a declaration of acceptance of the optional clause, its freedom in respect of the Court's ceases to be unlimited; still less, can it be absolute. As the case may be, it is constrained by general rules of international law (*pacta sunt servanda*), specific rules of the treaty in question (the terms of the compromissory clause), the Statute and procedural rules of the Court." (*Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1998*, dissenting opinion of Judge Vereshchetin, p. 574, para. 10.)

"Certainly, a State making a reservation sometimes does so because it 'lack[s] confidence as to the compatibility of certain of its actions with international law' . . . and for that reason wishes to evade the scrutiny of its conduct by the Court. However, it is one thing when the legality of certain actions may be seen as doubtful, and quite a different thing when the actions whose examination by the Court a State seeks to avoid, by making a reservation, are clearly contrary to the Charter of the United Nations, the Statute of the Court or to *erga omnes* obligations under international law. Being confronted with such a dilemma, it is for the Court to draw a distinction between these two different legal situations, which may lead to different conclusions as to the validity or admissibility of the reservation in question.

. . . Equally, in my view, the Court cannot give effect to a reservation which expressly exempts from its jurisdiction the examination of conduct manifestly inconsistent with the basics of international law. An objection to the Court's jurisdiction based on a reservation tainted with such a defect must be rejected by the Court as inadmissible. Recognition by the Court of the operation of a reservation of this kind might be viewed as tantamount to legal endorsement of what in fact should be considered as an abuse of the right of a State not to be sued without its consent before an international tribunal. Generally, reservations and conditions must not undermine the very *raison d'être* of the optional clause system." (*Ibid.*, pp. 575-576, para. 11.)

90. The following observations of Judge Bedjaoui in the *Fisheries Jurisdiction* case are relevant:

"However, a State's freedom to attach reservations or conditions to its declaration must be exercised in conformity with the Statute and Rules of Court, with the Charter of the United Nations, and

consentement des parties... Il existe un certain nombre de normes du droit international qui encadrent le principe du consentement. Dès lors qu'un Etat a consenti à la juridiction de la Cour, que ce soit par voie d'accord spécial (compromis), en vertu de la clause juridictionnelle d'un traité ou par une déclaration d'acceptation de la clause facultative, sa liberté à l'égard de la juridiction de la Cour cesse d'être sans limite; à plus forte raison, elle ne saurait être absolue. Selon le cas, cette liberté est régie par les règles générales du droit international (*pacta sunt servanda*), par les règles spécifiques édictées dans l'instrument considéré (les termes de la clause compromissoire), par le Statut et par les règles de procédure de la Cour. (*Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, opinion dissidente de M. Vereshchetin, p. 574, par. 10.*)

«Certes, un Etat qui émet une réserve le fait parfois parce qu'il éprouve «des doutes quant à la compatibilité de certains de ses actes avec le droit international»... et que de ce fait, il souhaite voir sa conduite échapper à l'examen de la Cour. Cependant, le fait que la licéité de certaines actions puisse apparaître douteuse est une chose, mais cela en est une toute différente que de constater que les actions que l'Etat cherche, par sa réserve, à soustraire à l'examen de la Cour sont manifestement contraires à la Charte des Nations Unies, au Statut de la Cour ou aux obligations *erga omnes* imposées par le droit international. Il appartient à la Cour, placée devant un tel dilemme, de faire la distinction entre ces deux situations juridiques distinctes, qui sont susceptibles de donner lieu à des conclusions différentes quant à la validité et à la recevabilité de la réserve en question.

... De même, selon moi, la Cour ne saurait donner effet à une réserve excluant expressément de sa juridiction l'examen de conduites manifestement incompatibles avec les principes fondamentaux du droit international. Une exception à la juridiction de la Cour se fondant sur une réserve entachée d'un tel vice doit être rejetée par la Cour comme irrecevable. Si la Cour reconnaissait qu'une telle réserve peut s'appliquer, cela pourrait être interprété comme un aval juridique donné à ce qui devrait en réalité être considéré comme un abus, de la part de l'Etat, de son droit de ne pas être assigné sans son consentement devant un tribunal international. D'une manière générale, les réserves et conditions formulées ne doivent pas saper ce qui est la raison d'être même du système de la clause facultative.» (*Ibid.*, p. 575-576, par. 11.)

90. Les observations suivantes de M. Bedjaoui dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries* sont aussi pertinentes:

«La faculté laissée à l'Etat d'assortir sa déclaration de toute réserve ou de toute condition doit cependant s'exercer dans le respect du Statut et du Règlement de la Cour, de la Charte des Nations

more generally with international law and with what I may venture to call '*l'ordre public international*'. Just as the acts of a State, and more generally its conduct, in whatever area of international relations, must conform to existing international legal norms, so the formulation of a reservation, which is no more than one element of such conduct, must also comply with these norms."

— I do not see why the Court should hesitate to reject, or to declare inadmissible, or not opposable, or even invalid or null and void, a reservation the purpose or effect of which is to nullify or distort one or more of the provisions of the Statute or Rules of Court which govern international judicial proceedings, and to establish some sort of *ad hoc* judicial procedure suiting or benefiting the author of the reservation alone;

— I do not see why the Court should allow itself to consider a reservation which, while appearing to set specific limits to the Court's jurisdiction, is in the final analysis incompatible with respect for the integrity of the declaration as a whole, since, while international law undeniably confers freedom of consent and the declaration implies recognition of the Court's jurisdiction, a reservation made within this framework must also respect the consistency and the integrity of the optional clause 'system'." (*I.C.J. Reports 1998*, dissenting opinion of Judge Bedjaoui, pp. 533-534, paras. 43-44.)

"The backbone of the optional clause 'system' consists in good faith among declarant States. Upon this principle depends the freedom of a State to formulate a reservation." (*Ibid.*, p. 537, para. 52.)

91. Judge *ad hoc* Torres Bernárdez observed the following:

"Article 36, paragraph 2, of the Statute establishes a veritable 'system of jurisdiction', termed 'compulsory jurisdiction', which is of an optional nature in that States parties to the Statute are completely free to participate in it or to refrain from doing so. Naturally, when the Court examines cases submitted to it, it is with States' declarations of acceptance of its compulsory jurisdiction that the Court concerns itself. But declarations are only the means by which States which so desire participate in the system, to a greater or lesser extent and for longer or shorter periods of time. Declarations, which are unilateral acts by States, are but a means of implementing a system founded on agreement, namely the Statute of the Court, which forms an integral part of the Charter of the United Nations. As Article 2, paragraph 2, of the Charter makes clear, all Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from

Unies, et plus généralement encore du droit international et de ce que je me hasarderais à appeler «*l'ordre public international*». De même que les actes de l'Etat, et plus généralement la conduite de l'Etat, dans quelque domaine que ce soit des relations internationales, doivent être conformes aux normes juridiques internationales en vigueur, de même l'émission d'une réserve, qui n'est autre qu'un élément de cette conduite, doit aussi leur être conforme.»

— je ne vois pas pourquoi la Cour devrait hésiter à écarter, ou à déclarer irrecevable, ou non opposable, même invalide ou nulle, une réserve qui aurait pour objet ou pour effet d'annihiler ou de dénaturer une ou plusieurs dispositions statutaires ou réglementaires qui régissent le procès international et d'établir une sorte de procédure judiciaire *ad hoc* à la convenance et au profit du seul auteur de ladite réserve;

— je ne vois pas pourquoi la Cour accepterait de prendre en compte une réserve qui, sous couleur d'établir des limites spécifiques à la compétence de la Cour, apparaîtrait en fin de compte comme incompatible avec le respect de l'intégrité de la déclaration dans son ensemble, car si le droit international pose incontestablement la liberté du consentement et si la déclaration pose la reconnaissance de la compétence de la Cour, il faut aussi que la réserve faite dans ce cadre respecte la cohérence et l'intégrité du «système» de la clause facultative.» (*C.I.J. Recueil 1998*, opinion dissidente de M. Bedjaoui, p. 533-534, par. 43-44.)

«L'épine dorsale du «système» de la clause facultative est constituée par la bonne foi entre les Etats déclarants. La liberté de l'Etat d'introduire une réserve est conditionnée par ce principe.» (*Ibid.*, p. 537, par. 52.)

91. M. Torres Bernárdez, juge *ad hoc*, a fait observer ce qui suit :

«Le paragraphe 2 de l'article 36 du Statut établit un véritable «système de juridiction» dit «juridiction obligatoire» à caractère facultatif en ce sens que les Etats parties au Statut sont entièrement libres d'y participer ou de s'abstenir de le faire. Il est dans la nature des choses qu'au cours de l'examen par la Cour des affaires qui lui sont soumises les déclarations des Etats acceptant la juridiction obligatoire de la Cour occupent tout le terrain. Mais les déclarations ne sont que le moyen par lequel les Etats qui le souhaitent participent au système avec une ampleur plus ou moins grande et pendant des périodes de temps plus ou moins longues. Les déclarations, actes unilatéraux des Etats participants, ne sont qu'un moyen de mise en œuvre d'un système qui a une base de nature conventionnelle, le Statut de la Cour, qui fait partie intégrante de la Charte des Nations Unies. Or, comme il est dit au paragraphe 2 de l'article 2 de la

membership, 'shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter'." (*I.C.J. Reports 1998*, dissenting opinion of Judge *ad hoc* Torres Bernárdez, p. 638, para. 144.)

92. I am therefore of the view that, among others, the allegations made by Pakistan, that India committed breaches of obligations of customary international law not to use force and not to violate the sovereignty of another State, ought to have engaged the jurisdiction of the Court.

*

CAUTION AND RESTRAINT, CREATIVITY AND REALISM

93. In view of the consensual nature of its jurisdiction, the Court generally shows judicial caution and restraint. However, in due course of time, principles of constructive creativity and progressive realism could be evolved by the Court as are reflected in the dissenting opinions of the judges of the Court in the *Fisheries Jurisdiction* case, which have been extensively quoted by me herein above.

94. As R. P. Anand puts it:

"it is the duty of the International Court, as the principal judicial organ of the United Nations and of the international community, to avoid petrifying legal rules which may have originated in circumstances which no longer exist, and to be conscious of the new trends and tendencies and future needs of the society in determining the law. The conditions under which the classical, traditional law of nations developed, the views which it contained and the interests which it protected, have all greatly changed. In fact the very nature of the international community, which consisted of a comparatively homogeneous, Western, . . . family of nations, has been widened to include peoples with different cultures, civilizations, ideologies, and interests. Law, it must be remembered, is not a constant in a society, but is a function. In order that it may be effective, it ought to change with changes in views, powers, and interests in the community. As Judge Moreno Quintana said in the *Right of Passage over Indian Territory* case: 'As judge of its own law — the United Nations Charter, and judge of its own age — the age of national independence, the International Court of Justice cannot turn its back upon the world as it is. "International law must adapt itself to political necessities."' (R. P. Anand, *Studies in International Adjudication*, p. 181.)

"In view of the dangers of even a limited use of force in the

Charte, les Membres de l'Organisation, afin d'assurer à tous la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de Membre, «doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées au terme de la présente Charte».» (*C.I.J. Recueil 1998*, opinion dissidente de M. Torres Bernárdez, juge *ad hoc*, p. 638, par. 144.)

92. Je pense donc que, notamment, les allégations du Pakistan selon lesquelles l'Inde a commis une violation de ses obligations de droit international coutumier de ne pas recourir à la force et de ne pas violer la souveraineté d'un autre Etat auraient dû engager la Cour à exercer sa compétence.

*

CIRCONSPÉCTION ET RETENUE, CRÉATIVITÉ ET RÉALISME

93. Sa compétence ayant une base consensuelle, la Cour fait généralement preuve de circonspection et de retenue dans l'exercice de sa fonction judiciaire. Cependant, progressivement, la Cour pourrait dégager des principes de créativité constructive et de réalisme progressiste, comme ceux que l'on trouve dans les opinions dissidentes des juges dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, que j'ai abondamment citées plus haut.

94. Pour reprendre les termes de R. P. Anand :

«C'est le devoir de la Cour internationale, en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies et de la communauté internationale, d'éviter de figer des règles juridiques qui ont pu apparaître dans des circonstances qui n'existent plus, et d'avoir conscience des tendances nouvelles et des besoins futurs de la société lorsqu'elle dit le droit. Les conditions dans lesquelles est né le droit des gens classique, traditionnel, les opinions qu'il consacrait et les intérêts qu'il protégeait, ont tous beaucoup changé. En fait, la nature même de la communauté internationale, qui était composée d'une famille de nations ... occidentales, relativement homogènes, s'est modifiée pour s'étendre à des peuples ayant des cultures, des civilisations, des idéologies et des intérêts différents. Il faut se rappeler que le droit n'est pas une constante de la société, mais une fonction. Pour être efficace, il doit évoluer avec les idées, les pouvoirs et les intérêts de la communauté. Comme l'a dit M. Moreno Quintana, dans l'affaire du *Droit de passage sur le territoire indien* : «Juge de sa loi — la Charte des Nations Unies — et juge de son temps, celui de l'indépendance de tous les peuples de la terre, la Cour internationale de Justice ne peut pas tourner le dos à la réalité du monde; le droit international doit s'adapter aux nécessités politiques.» (R. P. Anand, *Studies in International Adjudication*, p. 181.)

«Vu les dangers que présente un usage même limité de la force

present-day world because of the possibility of its developing into a nuclear catastrophe, the International Court may be the best guarantor of these rights.” (R. P. Anand, *Studies in International Adjudication*, p. 34.)

95. K. R. Simmonds’s observations about the Court may also be reproduced:

“If one accepts that the effectiveness of the Court depends to a substantial degree upon the scope of the jurisdiction conferred upon it, then one must see the problem of compulsory jurisdiction as crucial in the future development of the Court’s work. To avoid or postpone an inevitable examination and appraisal of such a crucial problem, whatever the pressure of the extra-legal motives, cannot be justified on grounds of law or of policy and must aggravate the problem itself.” (K. R. Simmonds, “The Interhandel Case”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 10, 1961, p. 547.)

96. In this respect, reference may be made to the concise comments made by Professor Kooijmans, now a Judge of the International Court of Justice, in his contribution to the Colloquium on *Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice*:

“In view of the consensual basis of its jurisdiction, the Court may find itself situated between Scylla and Charybdis once this jurisdiction is contested. If it assumes too easily that it has jurisdiction, it may deter States from considering the Court as a useful mechanism for dispute settlement; if it finds that it has no jurisdiction, on the basis of a too restrictive interpretation of the jurisdictional clauses, it may marginalize itself. The actual result, however, will be the same, whether there is a decision on the merits or not; the Court will not have been able to carry out its main function — the settlement of the dispute. If the Court denies that it has jurisdiction, the dispute will be allowed to remain simmering; if the Court assumes that it has jurisdiction, in spite of the respondent’s vigorous contestations, there is a fair chance that the defaulted party will not comply with the decision on the merits.” (*Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice, Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to celebrate the 50th Anniversary of the Court*, ed. by Connie Peck and Roy S. Lee, p. 59.)

*

CONCLUSION: INDIA’S PRELIMINARY OBJECTIONS TO THE JURISDICTION OF THE COURT OUGHT TO HAVE BEEN REJECTED

97. For the reasons set out above, my view is that the Court ought to have rejected the preliminary objections to the jurisdiction of the Court

dans le monde d'aujourd'hui, parce qu'il risque de déboucher sur une catastrophe nucléaire, la Cour internationale est peut-être la meilleure gardienne de ces droits.» (R. P. Anand, *Studies in International Adjudication*, p. 34.)

95. Nous citerons aussi les observations faites par K. R. Simmonds au sujet de la Cour :

«Si l'on accepte l'idée que l'efficacité de la Cour dépend en grande partie de l'étendue de la compétence qui lui est conférée, on comprend nécessairement que le problème de la juridiction obligatoire est central pour l'évolution future du travail de la Cour. Se soustraire à l'examen et à l'évaluation inévitables de ce problème central, ou les repousser, quel que soit le poids des motivations extra-juridiques, ne peut se justifier par des raisons de droit ou d'opportunité, et ne peut qu'aggraver le problème lui-même.» (K. R. Simmonds, «The Interhandel Case», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10, 1961, p. 547.)

96. A cet égard, on peut se reporter aux brèves observations faites par M. Kooijmans, aujourd'hui juge de la Cour internationale de Justice, dans sa contribution au *Colloque sur le développement de l'efficacité de la Cour internationale de Justice* :

«Sa compétence ayant une base consensuelle, la Cour risque de se retrouver entre Charybde et Scylla lorsque cette compétence est contestée. Si elle considère trop facilement qu'elle a compétence, cela risque d'empêcher les Etats de voir dans la Cour un mécanisme utile de règlement des différends; si elle décide qu'elle n'a pas compétence, sur la base d'une interprétation trop restrictive des clauses de compétence, elle risque de se marginaliser. Cependant, dans les faits, le résultat sera le même, qu'elle rende ou non une décision sur le fond: la Cour n'aura pas pu s'acquitter de sa fonction essentielle qui est de régler les différends. Si la Cour ne se reconnaît pas compétente, le conflit va se poursuivre; si elle décide qu'elle est compétente, malgré les contestations vigoureuses du défendeur, il est fort probable que la partie à qui elle donne tort n'exécutera pas la décision sur le fond.» (*Increasing the Effectiveness of the International Court of Justice, Proceedings of the ICJ/UNITAR Colloquium to celebrate the 50th Anniversary of the Court*, dir. publ. Connie Peck et Roy S. Lee, p. 59.)

*

CONCLUSION: LA COUR AURAIT DÙ REJETER
L'EXCEPTION PRÉLIMINAIRE DE L'INDE À SA COMPÉTENCE

97. Pour les raisons exposées ci-dessus, je considère que la Cour aurait dû rejeter les exceptions préliminaires élevées par le Gouvernement indien

by the Government of India and ought to have entertained the Application filed by the Islamic Republic of Pakistan on 21 September 1999.

Effective Measures to Secure Peace, Security and Justice

98. Without prejudice to the aforesaid, I am in full agreement with the views of the Court expressed in paragraphs 51 to 55 of the Judgment.

99. I would like to emphasize that the Parties are under an obligation to settle in good faith their disputes, including the dispute regarding the State of Jammu and Kashmir and in particular the dispute arising out of the aerial incident of 10 August 1999.

100. Nelson Mandela, the veteran leader, has publicly acknowledged that he got immense inspiration from his heroes, Quaid-e-Azam Mohammed Ali Jinnah and Mahatma Gandhi. Both believed in the rule of law and justice. In the new millennium, let India and Pakistan keep in view the ideals of the two great leaders and take prompt and effective measures to secure peace, security and justice in South Asia.

(Signed) Syed Sharifuddin PIRZADA.

à sa compétence, et accueillir la requête déposée par la République islamique du Pakistan le 21 septembre 1999.

Mesures efficaces pour garantir la paix, la sécurité et la justice

98. Sans préjudice de ce qui précède, j'approuve pleinement le point de vue qu'exprime la Cour dans les paragraphes 51 à 55 de son arrêt.

99. Je tiens à souligner que les Parties ont l'obligation de régler leurs différends de bonne foi, y compris le différend concernant l'État de Jammu-et-Cachemire et en particulier le différend résultant de l'incident aérien du 10 août 1999.

100. Le grand Nelson Mandela a reconnu publiquement qu'il avait reçu une immense inspiration de ses héros, Quaid-e-Azam Mohammed Ali Jinnah et le Mahatma Gandhi. Tous deux croyaient au règne du droit et de la justice. Dans ce nouveau millénaire, puissent l'Inde et le Pakistan garder à l'esprit les idéaux de ces deux grands dirigeants, et prendre des mesures rapides et efficaces pour garantir la paix, la sécurité et la justice dans l'Asie du Sud.

(Signé) Syed Sharifuddin PIRZADA.