

DISSENTING OPINION OF JUDGE AL-KHASAWNEH

*Lack of jurisdiction does not relieve Parties of duty to settle dispute through peaceful means — Jurisdiction cannot be invoked on the basis of the United Nations Charter in the absence of consent — Effect of Indian communication of 1974 regarding the General Act — Effect of lack of subsequent reaction to that communication — Conclusion declining jurisdiction, though justifiable, does not possess necessary certainty to fortify it against recurring doubts — Irrelevance of “multilateral treaty” reservation — Justifiable doubts regarding obsolescence of “Commonwealth” reservation — Case not conclusively made for obsolescence — Right of States to make reservation not unlimited — Intention of declarant State to be ascertained from wording of reservation as well as from circumstances — Indian declaration of 1974 — Intended against one State only — Unlike other reservations *ratione personae* no defensible justification — Extraordinary and exceptional nature of Indian reservation puts it outside purview of permissibility — The issue of separability — Relevance of concepts from major systems of law — Analysis of decision by Indian Supreme Court — Relevance of and analogies from law of treaties — Separability is possible.*

1. I regret that in this, the first case in which I participate, I am unable to agree with all the conclusions reached by the majority. Consequently I am unable to join in their decision that the Court has no jurisdiction.

2. Before explaining the reasons that have led me to take this position, I must emphasize that I endorse wholeheartedly the call made by the Court on the two States to settle this dispute, and indeed all the disputes that have plagued their relations since 1947, through peaceful means. The question of jurisdiction is important but it is ultimately a technical matter, and lack of jurisdiction does not in itself indicate that the dispute is not justiciable, nor does it relieve the parties of their duty to pursue peaceful settlement on the basis of international law. I also feel that the call made by the Court is both urgent and appropriate. Its urgency may be measured against the possibilities of dangerous escalation which, on more than one occasion in the recent past, almost brought India and Pakistan to the brink of nuclear confrontation. Its appropriateness, on the other hand, rests on precedent and the fact that in making this call, the Court is acting wholly within its powers, as the principal judicial organ of the United Nations.

3. Within the context of the present case the making of this call is all the more pertinent in view of the disquieting fact that all attempts at pur-

OPINION DISSIDENTE DE M. AL-KHASAWNEH

[Traduction]

Le défaut de compétence ne dispense pas les parties de l'obligation de régler leur différend par des moyens pacifiques — La compétence ne peut être invoquée sur la base de la Charte des Nations Unies en l'absence de consentement — Effet de la communication faite par l'Inde en 1974 au sujet de l'Acte général — Effet de l'absence de réaction subséquente à cette communication — La conclusion déclinant la compétence, bien que justifiable, ne possède pas le caractère de certitude nécessaire pour la défendre contre des doutes récurrents — Le défaut de pertinence de la réserve relative aux « traités multilatéraux » — Les doutes à l'égard de la caducité de la réserve « Commonwealth » peuvent se justifier — La caducité n'a pas été établie de façon concluante — Le droit des Etats de faire des réserves n'est pas sans limites — L'intention de l'Etat déclarant doit être recherchée dans le libellé de la réserve aussi bien que dans les circonstances — La déclaration de l'Inde de 1974 — Elle vise un seul Etat — Contrairement à d'autres réserves rationae personae, elle n'est justifiée par aucun argument défendable — Le caractère extraordinaire et exceptionnel de la réserve indienne la situe hors des limites des réserves permises — La question de la divisibilité — La pertinence des concepts tirés des grands systèmes de droit — Analyse de la décision de la Cour suprême de l'Inde — Pertinence du droit des traités et analogies avec ce droit — La divisibilité se justifie.

1. Je regrette, dans cette première affaire à laquelle je participe, de ne pas pouvoir souscrire à toutes les conclusions adoptées par la majorité. En conséquence, je ne peux pas m'associer à sa décision concluant à l'incompétence de la Cour.

2. Avant d'expliquer les raisons qui m'ont amené à prendre cette position, je tiens à souligner que je souscris sans réserve à l'appel qu'a lancé la Cour aux deux Etats pour qu'ils règlent ce différend, ainsi d'ailleurs que tous ceux qui empoisonnent leurs relations depuis 1947, par des moyens pacifiques. La question de la compétence est importante, mais c'est en fin de compte une question de technique juridique, et le défaut de compétence ne signifie pas en soi que le différend n'est pas justiciable, pas plus qu'il n'exonère les parties de leur obligation de rechercher un règlement pacifique sur la base du droit international. J'estime aussi que l'appel lancé par la Cour est urgent et légitime. Son urgence peut se mesurer aux risques d'escalade qui, à plusieurs reprises dans le passé, ont amené l'Inde et le Pakistan presque au bord de l'affrontement nucléaire. Quant à sa légitimité, elle découle des précédents et du fait qu'en lançant cet appel, la Cour agit strictement dans le cadre de son mandat qui fait d'elle l'organe judiciaire principal des Nations Unies.

3. Dans la présente instance, la pertinence de cet appel est soulignée par le fait inquiétant que toutes les tentatives pour recourir à d'autres

suing other peaceful means were rejected by the respondent State before the case was brought to the Court.

4. The Court's jurisdiction has been invoked on the grounds that it falls within what is meant by the phrase "all matters specially provided for in the Charter of the United Nations". To the extent that this argument was abandoned by counsel for Pakistan and, more importantly, since the Charter does not provide for compulsory jurisdiction, I find myself in agreement with the majority view.

5. I am also in substantive agreement with my colleagues that the 1928 General Act for the Pacific Settlement of International Disputes does not provide a basis for the Court's jurisdiction in view of the Indian communication of 1974, which, while not constituting a formal denunciation of the said Act, not having been made in accordance with the procedure laid down in Article 45 of the Act, has nevertheless been treated as "a notification" by the Secretary-General of the United Nations. This fact, taken together with the lack of any subsequent reaction by the parties to the Act, including Pakistan — if one is to accept that the latter's communication of 1974 announcing that the Act "continued in force" for Pakistan by way of succession meant that it was party to the General Act — confirms this conclusion.

6. I must add, however, that I share in this conclusion with considerable hesitation, for I continue to believe that the only thing that could be stated with certainty and without too much fear of contradiction with regard to this alleged basis of jurisdiction is that the Dominion of India was bound by the General Act as of 21 May 1931. All else remains in the realm of subjective and contradictory statements, and this includes such questions as whether the Act devolved on Pakistan by automatic succession; whether India continued to be bound by it after its independence by succession or otherwise and — beyond the present case — whether the Act is a political treaty, whether political treaties are transmittable and lastly whether the Act survived the demise of the League of Nations and the conclusion of a revised General Act. By confining itself to the effects of the Indian communication of 1974 and not dealing with these inter-related issues, some of which have appeared before the Court in previous cases, the Court may have achieved mathematical elegance but at the expense of leaving those issues without clarification. In other words the Court based its decision on a conclusion which might be justifiable in the present context, but which falls short of the certainty required to fortify the decision against recurring doubts.

7. The third basis on which the Court's jurisdiction has been invoked is the optional clause system, to which both India and Pakistan are party. Both States have attached various conditions and reservations to their respective declarations accepting the Court's compulsory jurisdiction. Two of them concern us in the present case. Let me refer first to the so-called "multilateral convention" reservation common to both declarations. To the extent that the actions complained of by Pakistan would

moyens pacifiques ont été repoussées par l'Etat défendeur avant que l'affaire ne soit portée devant la Cour.

4. La compétence de la Cour a été invoquée au motif que le différend relève de ce qui est visé par l'expression «tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies». Puisque cet argument a été abandonné par les conseils du Pakistan et puisque, ce qui est plus important, la Charte ne prévoit pas de système de juridiction obligatoire, je suis en accord avec la majorité sur ce point.

5. Je partage aussi, pour l'essentiel, l'opinion de mes collègues selon laquelle l'Acte général de 1928 pour le règlement pacifique des différends internationaux ne constitue pas une base de compétence eu égard à la communication faite par l'Inde en 1974, qui, bien qu'elle ne soit pas une dénonciation formelle de l'Acte puisqu'elle n'a pas été faite selon la procédure prévue par l'article 45, n'en a pas moins été traitée comme une «notification» par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. Ce fait, joint à l'absence de réaction subséquente des parties à l'Acte, y compris le Pakistan — si l'on admet que la communication faite par celui-ci en 1974 pour annoncer que l'Acte «continu[ait] d'être en vigueur» à l'égard du Pakistan par voie de succession signifiait qu'il était partie à l'Acte général — confirme cette conclusion.

6. Je dois ajouter, cependant, que c'est avec une très grande hésitation que je me rallie à cette conclusion, parce que je continue de penser que la seule chose que l'on puisse affirmer au sujet de cette base de compétence avec certitude et sans trop craindre d'être contredit, c'est que le Dominion de l'Inde était lié par l'Acte général au 21 mai 1931. Tout le reste relève d'affirmations subjectives et contradictoires, et en particulier la réponse à des questions comme celles-ci: l'Acte général a-t-il été dévolu au Pakistan par voie de succession automatique, l'Inde est-elle restée liée à l'Acte général par succession ou d'une autre manière et — ce qui déborde le cadre de la présente instance — l'Acte général est-il un traité politique, les traités politiques sont-ils transmissibles, et enfin l'Acte a-t-il survécu à la disparition de la Société des Nations et à la conclusion d'un Acte général révisé? En se bornant à examiner les effets de la communication de l'Inde de 1974, sans aborder ces questions connexes, dont certaines se sont déjà posées à la Cour dans de précédentes affaires, la Cour a peut-être fait preuve d'une louable économie de moyens, mais en contrepartie elle a laissé ces questions sans éclaircissements. Autrement dit, elle a fondé sa décision sur une conclusion qui est peut-être justifiée dans la présente espèce, mais qui n'apporte pas la certitude requise pour défendre cette décision contre des doutes récurrents.

7. La troisième base de compétence invoquée est le système de la clause facultative, à laquelle l'Inde et le Pakistan sont tous deux parties. Les deux Etats ont assorti leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour de conditions et de réserves diverses, dont deux nous intéressent ici. Je parlerai d'abord de la réserve dite «relative aux conventions multilatérales», qui est commune aux deux déclarations. Dans la mesure où les actes dont se plaint le Pakistan constitueraient

prima facie constitute breaches under customary international law, the reservation is simply irrelevant and cannot bar the Court's jurisdiction¹.

8. The other reservation, found in the Indian declaration only, is the Commonwealth reservation. As is well known, this reservation has its genesis in a reservation made by the United Kingdom and the six other members of the Commonwealth in 1930 when they became party to the General Act. When the Dominion of India acceded to the General Act in 1931 the reservation was incorporated into the Indian declaration. The rationale for it then was that disputes among Commonwealth members would be settled by a court to be specially created for this purpose but which in fact never came into existence. Notwithstanding this and the further fact that the Commonwealth has since undergone fundamental changes bordering on a metamorphosis, the reservation continued to appear in the declarations made by some Commonwealth countries including recent cases of newly independent States, although the number of States entering such a reservation is quite small. In these circumstances doubts regarding the obsolescence of the reservation are quite justified. I have in mind primarily Judge Ago's dissenting opinion in the case concerning *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*², but doubts have also been expressed in the literature³. Against this line of thinking, it has been argued that the doctrine of obsolescence does not apply to unilateral acts. This argument is not without force, except that it is based on the assumption that what starts as a unilateral undertaking goes on being so even when it is transformed into mutual arrangements, raising in other parties to the optional clause system reasonable expectations not dissimilar to those raised under treaty relations. Be this as it may, whilst doubts linger regarding the obsolescence of this reservation, the case has not been conclusively made for obsolescence.

9. The major obstacle to the argument of obsolescence, as far as the present case is concerned, is the repeated insertion of the Commonwealth reservation in successive Indian declarations accepting the Court's compulsory jurisdiction, and it is precisely the maintenance of this reservation and the modifications that were inserted into it that sets the Indian reservation aside from other Commonwealth reservations found in declarations made by other States, and leaves no doubt as to the existence of a conscious will on the part of India to transform the reservation — originally meant as a means of providing for alternative modes of peaceful settlement — into a reservation *ratione personae*, properly so described, directed against one State only: Pakistan, a State which maintains no similar reservation with regard to India. Thus in 1959 India modified the

¹ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1984, pp. 424-425, para. 73.

² I.C.J. Reports 1992, p. 326.

³ Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, pp. 120-122.

prima facie une violation du droit international coutumier, la réserve est tout simplement dénuée de pertinence et ne peut ôter sa compétence à la Cour¹.

8. L'autre réserve, qui ne figure que dans la déclaration de l'Inde, est la réserve Commonwealth. On sait que celle-ci a son origine dans la réserve faite en 1930 par le Royaume-Uni et les six autres membres du Commonwealth en devenant parties à l'Acte général. Lorsque le Dominion de l'Inde accéda à l'Acte général en 1931, cette réserve fut incorporée dans la déclaration indienne. Sa raison d'être était alors que les différends entre Etats du Commonwealth seraient réglés par un tribunal qui devait être spécialement créé à cet effet, mais qui, en fait, n'a jamais vu le jour. Cependant, et bien que le Commonwealth ait depuis lors subi des changements fondamentaux, pour ne pas dire une métamorphose, la réserve a continué à figurer dans les déclarations de quelques Etats du Commonwealth, y compris récemment de certains Etats nouvellement indépendants, même si le nombre des Etats qui ont fait cette réserve est très réduit. Dans ces circonstances, les doutes émis sur cette réserve sont tout à fait justifiés. Je pense surtout à l'opinion dissidente de M. Ago dans l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*², mais des doutes ont aussi été exprimés par la doctrine³. A cela, il a été objecté que la théorie de la caducité ne s'appliquait pas aux actes unilatéraux. Cet argument n'est pas dépourvu de force, mais il est fondé sur l'hypothèse que ce qui est au départ un acte unilatéral reste un acte unilatéral même lorsqu'il se transforme en arrangements mutuels, faisant naître chez les autres parties à la clause facultative des attentes raisonnables qui s'apparentent à celles que suscitent des relations conventionnelles. Quoi qu'il en soit, si des doutes demeurent concernant la caducité de la réserve, cette caducité n'a pas été établie de façon concluante.

9. Le principal obstacle à l'argument de la caducité, en l'espèce, est le fait que l'Inde a, de façon répétée, fait figurer cette réserve dans ses déclarations successives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour; ce sont précisément le maintien de la réserve et les modifications qui y ont été apportées qui la distinguent des réserves Commonwealth que l'on trouve dans les déclarations d'autres Etats, et qui ne laissent aucun doute quant à la volonté consciente de l'Inde de transformer cette réserve — à l'origine, un moyen de prévoir d'autres modes de règlement pacifique — en une réserve justement qualifiée de *rationae personae*, visant exclusivement un Etat: le Pakistan — Etat qui n'a pas fait de réserve semblable à l'égard de l'Inde. Ainsi, en 1959, l'Inde modifia comme suit le libellé de sa réserve: «2) les différends avec le gouvernement d'un Etat qui, à la date

¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1984, p. 424-425, par. 73.

² C.I.J. Recueil 1992, p. 326.

³ Alexandrov, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, p. 120-122.

wording of the reservation to read: "(2) Disputes with the Government of any State which, on the date of this Declaration, is a Member of the Commonwealth of Nations"⁴. Omitted from the new version were the words "all of which disputes shall be settled in such manner as the parties have agreed or shall agree" which were contained in previous declarations.

10. In 1974 a new declaration was made by India and again the reservation was maintained, but with a new modification. It now reads: "(2) disputes with the government of any State which is or has been a Member of the Commonwealth of Nations"⁵.

11. By 1974, Pakistan had left the Commonwealth and the change in the wording was necessary to bar the Court's jurisdiction in disputes with that State, which was in fact trying to invoke that jurisdiction against India. There can be no doubt in the light of those circumstances that the reservation was intended to operate against Pakistan. The only other States that were no longer Members of the Commonwealth were South Africa, but that happened in 1960, and Ireland, which had left the Commonwealth in 1948.

12. The argument has however been made that even if the reservation was directed at Pakistan alone, this would be no more than a classic reservation *ratione personae* made under a system of compulsory jurisdiction where the practice has permitted a choice of partners, and that therefore the Indian reservation did not amount to discrimination or abuse of rights but is wholly within a declarant State's discretion.

13. I propose now to examine this issue bearing in mind that the Court has never had the opportunity to decide on the validity or otherwise of a reservation excluding disputes *ratione personae*.

14. As a general comment, it has long been recognized that the practice of the Court has tended to accord States more freedom to enter reservations in their declarations accepting its compulsory jurisdiction than the plain words of Article 36, paragraph 3, of the Statute provide for. One looks in vain for any reflection of the maxim *inclusio unius est exclusio alterius*. Be this as it may, the fact that a reservation is extra-statutory in the sense that it goes beyond Article 36, paragraph 3, cannot in itself, in view of the existence of settled practice, lead to invalidity. On the other hand, when all allowance is made for political realism and when cognizance is fully taken of the fact that the Court's jurisdiction operates only within the parameters of the declarations and that its jurisdiction has to be proved to the hilt, some room must be left for an objective assessment of the validity or otherwise of the reservations and conditions contained in declarations accepting its jurisdiction. To deny this is to abdicate responsibility. Where the Court strikes a delicate balance between the

⁴ *I.C.J. Yearbook 1959-1960*, p. 242.

⁵ *I.C.J. Yearbook 1996-1997*, p. 99.

de la présente déclaration, est membre du Commonwealth de nations»⁴. Les mots «différends qui seront réglés selon une méthode convenue entre les parties ou dont elles conviendront», qui figuraient dans les déclarations précédentes, avaient été supprimés dans cette nouvelle version.

10. En 1974, l'Inde fit une nouvelle déclaration, en maintenant sa réserve, mais avec une nouvelle modification. Son texte est désormais le suivant: «2) les différends avec le gouvernement d'un Etat qui est ou a été membre du Commonwealth de nations»⁵.

11. En 1974, le Pakistan avait quitté le Commonwealth, et la modification était nécessaire pour écarter la compétence de la Cour dans les différends avec cet Etat, qui essayait en fait de l'invoquer contre l'Inde. Il ne fait pas l'ombre d'un doute, compte tenu de ces circonstances, que la réserve visait le Pakistan. Les seuls autres Etats à n'être plus membres du Commonwealth étaient l'Afrique du Sud, dont le départ remontait à 1960, et l'Irlande, qui avait quitté le Commonwealth en 1948.

12. Il a été soutenu toutefois que, même si la réserve ne visait que le Pakistan, elle ne serait rien d'autre qu'une classique réserve *rationae personae*, faite dans un système de juridiction obligatoire dans lequel la pratique autorise les Etats à choisir leurs partenaires, et qu'elle n'était donc pas discriminatoire ni constitutive d'un abus de droit, mais relevait du pouvoir discrétionnaire de l'Etat déclarant.

13. Je me propose maintenant d'examiner cette question en tenant compte du fait que la Cour n'a jamais eu l'occasion de statuer sur la validité ou la non-validité d'une réserve excluant des différends *rationae personae*.

14. De manière générale, il est depuis longtemps reconnu que la pratique de la Cour tend à reconnaître aux Etats une plus grande liberté d'assortir de réserves leur déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire que ne l'autorise le libellé du paragraphe 3 de l'article 36 de son Statut. On chercherait en vain l'ombre d'une application de la maxime *inclusio unius est exclusio alterius*. Quoi qu'il en soit, le fait qu'une réserve est extra-statutaire, dans le sens où elle sort du cadre du paragraphe 3 de l'article 36, ne peut en soi, compte tenu de la pratique établie, entraîner sa nullité. En revanche, lorsqu'on a dûment fait la part du réalisme politique et pleinement tenu compte du fait que l'étendue de la compétence de la Cour est strictement délimitée par les déclarations d'acceptation et qu'elle doit être abondamment prouvée, il faut bien qu'il y ait encore place pour une appréciation objective de la validité ou de la non-validité des réserves et conditions contenues dans les déclarations. Le nier, c'est abdiquer ses responsabilités. Le délicat équilibre entre d'une

⁴ C.I.J. Annuaire 1959-1960, p. 238.

⁵ C.I.J. Annuaire 1996-1997, p. 105.

need for care and caution in asserting its jurisdiction on the one hand, and the duty to do justice on the other, has to be decided contextually in each case.

15. Another important consideration to be borne in mind in striking that delicate balance is that the system of international adjudication is not a static one. Indeed, implicit in the very notion of an optional system is a presumption of temporariness. When the concept of an optional clause system was born, it was not possible to gain universal support for a comprehensive system of adjudication and it is still doubtful that such a system can gain support in the foreseeable future, but this should not obscure the need to move towards that ideal.

16. In deciding the validity or otherwise of reservations, the Court cannot be oblivious to the fact that merely to take note of reservations without examining their content can hardly advance the cause of international adjudication. In the realm of questions relating to the determination of its own jurisdiction (*la compétence de la compétence*) the Court has never shied away from rejecting arguments that sought, under the guise of the unilateral nature of declarations, to reserve such matters to the discretion of the declarant State. There is no reason why the same reasoning should not apply to other areas where the Court's jurisdiction is invoked.

17. The distinction drawn between situations that fall under paragraph 6 of Article 36 and the remainder of that Article is an artificial one and, if maintained, will mean that the unity of purpose of the Article will collapse.

18. From the early days of the optional clause system, reservations *ratione personae* have been made in myriad ways, but they have invariably had a rationale, or at least a reasonably defensible justification. It would not be proper for me to comment on the validity or otherwise of those reservations that have not been considered by the Court — especially as most of them are contained in declarations that have either lapsed or were withdrawn. Suffice it to mention in general that reservations *ratione personae* meant to provide for alternative ways of peaceful settlement have a rationale that fortifies them against accusations of arbitrariness. Similarly, reservations that made acceptance of compulsory jurisdiction conditional upon a number of State Members of the League of Nations accepting similar commitments also have a justification. Likewise reservations that made recognition of the declarant State a prior condition to adjudication under the optional clause may be said to have a rationale. What sets the Indian Commonwealth reservation apart, as worded in the 1974 declaration, is that it does not even pretend to have a justification. To be sure, any reservation, even if made *ratione materiae* or *ratione temporis* or otherwise, will ultimately exclude jurisdiction in respect of disputes between the declarant State and one or more other States. The difference between such reservations and the Commonwealth reservation in this case might be no more than one of more careful con-

part la nécessité de faire preuve de prudence et de retenue dans l'affirmation de sa compétence, et d'autre part son devoir de rendre la justice, doit être recherché par la Cour dans chaque espèce compte tenu des circonstances.

15. Une autre considération importante à ne pas perdre de vue pour trouver ce délicat équilibre est que le système judiciaire international n'est pas statique. La notion même de système facultatif fait d'ailleurs implicitement présumer son caractère temporaire. A l'époque où est née l'idée de ce système, il n'était pas possible de faire accepter universellement un système général de règlement judiciaire, et il est encore douteux qu'un système de cette nature puisse s'imposer dans un avenir proche, mais cela ne doit pas faire oublier la nécessité d'avancer vers cet idéal.

16. Pour statuer sur la validité ou la non-validité des réserves, la Cour ne peut pas négliger le fait que, en prenant simplement acte d'une réserve, sans en examiner le contenu, elle ne peut guère faire avancer la cause de la justice internationale. Face aux questions concernant la «compétence de la compétence», la Cour n'a jamais hésité à rejeter les arguments de ceux qui, s'abritant derrière le caractère unilatéral des déclarations, cherchaient à réserver ces questions au pouvoir discrétionnaire de l'Etat déclarant. Il n'y a pas de raison de ne pas appliquer le même raisonnement aux autres aspects de la compétence de la Cour.

17. La distinction faite entre les situations qui relèvent du paragraphe 6 de l'article 36 et celles qui relèvent des autres dispositions de cet article est artificielle et, si elle est maintenue, fera disparaître l'unité de l'intention de l'article 36.

18. Depuis les débuts du système de la clause facultative, des réserves *rationae personae* ont été faites de multiples façons, mais elles avaient toujours une raison d'être, ou du moins une motivation raisonnablement défendable. Il ne m'appartient pas de faire des observations sur la validité ou la non-validité des réserves qui n'ont pas été examinées par la Cour — d'autant moins que la plupart d'entre elles se rapportent à des déclarations qui sont devenues caduques ou ont été retirées. Je dirai simplement que, en général, les réserves *rationae personae* dont l'objet est de prévoir d'autres modes de règlement pacifique sont justifiées par des raisons qui les mettent à l'abri du reproche d'arbitraire. Les réserves qui subordonnent l'acceptation de la juridiction obligatoire à la condition qu'un certain nombre des Etats Membres de la Société des Nations acceptent les mêmes engagements sont pareillement justifiées. De même encore, on peut dire que les réserves qui font de la reconnaissance de l'Etat déclarant une condition préalable du règlement judiciaire en vertu de la clause facultative ont une justification. Ce qui distingue la réserve Commonwealth de l'Inde, dans sa version de 1974, c'est qu'elle ne prétend même pas avoir de justification. Bien sûr, toute réserve, qu'elle soit faite *rationae personae*, *rationae temporis* ou autrement, aura finalement pour effet d'exclure la compétence de la Cour à l'égard de différends opposant l'Etat déclarant et un ou plusieurs autres Etats. La différence entre ces

cealment of intent, but declarant States are at least entitled to the benefit of the doubt in this regard. By entering a reservation that cannot be interpreted — when regard is given to its terms and the circumstances in which it was made — except as intended to bar jurisdiction with another State only, and when one also considers that removal of this bar to jurisdiction is not dependent on the fulfilment of an objective condition, and considers further that the State against whom the reservation is intended to operate maintains no similar reservation with regard to the declarant State and is entitled to reasonable expectations of adjudication under the network of engagements that constitutes the optional clause system, one appreciates that the Indian reservation, as presently worded, is of a truly unique nature. The Court could not have been clearer when it stated:

“the unilateral nature of declarations does not signify that the State making the declaration is free to amend the scope and the contents of its solemn commitments as it pleases”⁶.

19. An assessment of the terms of the Indian Commonwealth reservation (addition of the words “or has been” a Member of the Commonwealth of Nations), the absence of a reference to alternative means of peaceful settlement agreed upon or to be agreed upon, and a consideration of the circumstances under which the reservation was made together with the actual text, reveal a clear will of arbitrary exclusion and give the reservation an exceptional nature that puts it outside the purview of permissibility. I am compelled therefore to the conclusion that the reservation is invalid and cannot bar the Court’s jurisdiction.

20. Having reached this conclusion, I shall now turn to the consequential question of whether the invalid part of the Indian declaration is separable from the rest or, whether, as was argued for India, the declaration and the reservation stand or fall together.

21. The separability of void or invalid reservations from declarations accepting the Court’s compulsory jurisdiction is still in most ways *terra incognita*. The paucity of precedents and the further fact that, on the few occasions when the question was considered — notably in the *Certain Norwegian Loans* and *Interhandel* cases, and in the *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* case⁷ — it was not settled, are both undoubtedly contributory factors to the lack of authoritative solutions. However, much of

⁶ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, I.C.J. Reports 1984, p. 418.

⁷ *Certain Norwegian Loans, Judgment*, I.C.J. Reports 1957, p. 55; *Interhandel, Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 1959, pp. 57, 77 and 116; *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)*, *Jurisdiction of the Court, Judgment*, I.C.J. Reports 1998, para. 47.

réserve et la réserve Commonwealth dans la présente espèce est peut-être seulement que l'intention des premières est mieux cachée, mais les États déclarants doivent recevoir au moins le bénéfice du doute à cet égard. S'agissant d'une réserve qu'il est impossible d'interpréter — vu son libellé et les circonstances dans lesquelles elle a été faite — autrement que par l'intention de faire obstacle à la compétence de la Cour dans les différends avec un seul autre État, et si l'on considère aussi que la levée de cet obstacle à la compétence n'est pas subordonnée à la réalisation d'une condition objective, que l'État qui est visé par la réserve n'a fait de réserve semblable à l'égard d'aucun autre État, et qu'il est en droit d'espérer raisonnablement que son différend sera soumis à un règlement judiciaire en vertu du réseau d'engagements qui constitue le système de la clause facultative, on voit que la réserve indienne, telle qu'elle est actuellement libellée, a un caractère tout à fait exceptionnel. La Cour l'a déclaré on ne peut plus clairement :

« le caractère unilatéral des déclarations n'implique pourtant pas que l'État déclarant soit libre de modifier à son gré l'étendue et la teneur de ses engagements solennels »⁶.

19. L'examen des termes de la réserve Commonwealth de l'Inde (l'adjonction des mots «ou a été membre du Commonwealth de nations»), le fait qu'elle ne fasse pas mention d'autres modes de règlement pacifique convenus ou à convenir, joints à l'examen des circonstances dans lesquelles la réserve a été faite, révèlent une volonté manifeste d'exclusion arbitraire, et donnent à la réserve un caractère exceptionnel qui la situe en-dehors des limites des réserves permises. Je suis donc obligé de conclure que cette réserve n'est pas valable et qu'elle ne peut ôter à la Cour sa compétence.

20. Etant parvenu à cette conclusion, j'aborderai maintenant la question qui en découle et qui est de savoir si la partie de la déclaration de l'Inde qui est entachée de nullité est séparable du reste ou si, comme l'a fait valoir l'Inde, réserve et déclaration sont indissociables, et conservent ou perdent leur effet ensemble.

21. Cette question de la séparabilité des réserves non valables ou nulles par rapport aux déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour dont elles font partie, est encore à presque tous les points de vue une *terra incognita*. Le très petit nombre des précédents et le fait que, les rares fois où la question a été examinée — notamment dans les affaires de *Certains emprunts norvégiens* et *Interhandel*, ainsi que dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*⁷ — elle n'ait

⁶ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1984, p. 418.

⁷ *Certains emprunts norvégiens*, arrêt, C.I.J. Recueil 1957, p. 55; *Interhandel, exceptions préliminaires*, arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 57, 77 et 116; *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, par. 47.

the uncertainty stems from the very nature of the concept of separability itself, which, though governed by the general principles of interpretation, depends largely on a reconstruction of the parties' probable intention in making the legal act, as well as on another factor, extraneous to the text itself, namely whether continued performance will lead to unjust results for the concerned party after severance of the impugned part.

22. By contrast to the Court's jurisprudence, a wealth of concepts exists in the major systems of law, and whether these are to be found in the domain of the judicial review of public statutes or of private contracts, they are relevant as general principles of law within the meaning of Article 38, paragraph 1 (*c*), of the Statute of the Court.

23. Recourse should be had to those concepts and also to the law of treaties (the Vienna Conventions of 1969 and 1986), not only because declarations accepting the Court's compulsory jurisdiction constitute a "network of engagements", but also because the views of some of the judges in the aforementioned cases had the effect of leading the International Law Commission to reopen its consideration of the matter of separability, a process which led in turn to the adoption of Article 44 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, and of the same numbered Article in the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, both of which deal with separability.

24. As an example from one of the major systems of law, the Court was kindly invited by the Attorney General for India to consider a case decided by the Supreme Court of India in 1957, in which the underlying principle that:

"The test to be applied is whether the legislature would have enacted the valid part if it had known that the rest of the statute was invalid. If the valid and the invalid provisions are so inextricably mixed up that they cannot be separated from one another, then the invalidity of a portion must result in the invalidity of the Act in its entirety"⁸

is said to support India's contention as to inseparability of the reservation from its declaration.

25. A closer look at that decision, far from supporting such a contention, in fact reveals a more complex and less severe test for separability — which relies heavily on United States judicial precedents and authorities — than was suggested to the Court.

⁸ *R. M. D. Chamarbaugwalla v. The Union of India*, 1957. Supreme Court Reports, pp. 950-951; CR 2000/2, p. 14.

pas été tranchée, expliquent sans aucun doute en partie l'absence de solutions faisant autorité. Néanmoins, une grande part de l'incertitude provient de la nature même de la notion de divisibilité qui, bien qu'elle soit régie par les principes généraux d'interprétation, repose dans une large mesure sur une reconstruction de l'intention probable qui animait les parties lorsqu'elles ont fait l'acte juridique en cause, ainsi que d'un autre facteur, extrinsèque au texte, qui est la question de savoir si, une fois qu'aura été détachée la portion de l'acte frappée de nullité, la poursuite de l'exécution entraînera des résultats injustes pour la partie concernée.

22. Contrairement à la jurisprudence de la Cour, les grands systèmes de droit contiennent une quantité de concepts en la matière, et, que ces concepts soient empruntés au contrôle juridictionnel des lois ou à celui des contrats privés, ils sont pertinents en tant que principes généraux du droit au sens du paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour.

23. S'il convient de recourir à ces concepts, et aussi au droit des traités (les conventions de Vienne de 1969 et de 1986), c'est non seulement parce que les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour constituent un «réseau d'engagements», mais aussi parce que les points de vue de certains juges dans les affaires précitées ont eu pour effet d'amener la Commission du droit international à reprendre l'examen de la question de la divisibilité, ce qui a conduit à l'adoption de l'article 44 de la convention de Vienne sur le droit des traités et de l'article 44 de la convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, qui traitent l'un et l'autre de la divisibilité.

24. La Cour a été invitée par l'*Attorney General* de l'Inde à examiner, à titre d'exemple tiré d'un des grands systèmes de droit, une décision rendue en 1957 par la Cour suprême de l'Inde, dont le principe sous-jacent, à savoir que

«le critère à appliquer consiste à déterminer si le législateur aurait adopté la partie valide d'une loi s'il avait su que le reste du texte était entaché de nullité. Quand les dispositions valides et les dispositions non valides sont si intimement liées qu'il est impossible de les dissocier, la nullité d'une partie d'entre elles emporte nécessairement la nullité de la loi tout entière»⁸

est censé étayer l'affirmation de l'Inde selon laquelle la réserve est indissociable de sa déclaration.

25. Un examen plus approfondi de cette décision, loin de confirmer cette thèse, fait apparaître en fait un critère de divisibilité plus complexe et moins strict — fondé largement sur la jurisprudence et la doctrine des Etats-Unis — que ce que l'on a laissé entendre à la Cour.

⁸ *R. M. D. Chamarbaugwalla v. The Union of India*, 1957, *Supreme Court Reports*, p. 950-951; CR 2000/2, p. 14.

26. Thus the Indian Supreme Court, in commenting on an earlier decision stated:

“The doctrine of severability rests, as will presently be shown, on a presumed intention of the legislature that if a part of a statute turns out to be void, that should not affect the validity of the rest of it, and that that intention is to be ascertained from the terms of the statute. It is the true nature of the subject-matter of the legislation that is the determining factor, and while a classification made in the statute might go far to support a conclusion in favour of severability, the absence of it does not necessarily preclude it.”⁹

27. As for the test itself, it comprises seven elements, only parts of which were cited in the oral pleadings, i.e., the first element and the first half of the second element. The first element relates to whether the legislature would have enacted the valid part if it had known the invalidity of the rest and is simply irrelevant in the present case.

28. No one has contended that India knew in advance that its Commonwealth reservation was invalid. In fact, India argued that its Commonwealth reservation was not “repugnant to Article 36, paragraph 3, or any other article of the Statute”.

29. The second element relating to the valid and invalid portions being so inextricably mixed up that they cannot be separated, is balanced by the rest of the element under the same heading (which was not cited), but which states:

“On the other hand, if they are so distinct and separate that after striking out what is invalid, what remains is in itself a complete code independent of the rest, then it will be upheld notwithstanding that the rest has become unenforceable.”¹⁰

Applying this to the Indian declaration, even a cursory perusal would confirm that its various elements are formally classified into distinct headings and apply *ratione materiae* to separate matters, the integrity of which would not be affected by striking out the impugned reservation.

30. The third element is that even if the valid and invalid parts are distinct, the invalidity of some will result in the invalidity of the whole, if they all form part of a single scheme intended to operate as a whole. This element of the test is more to the point, for here the intention of the legislature or — by analogy — the declarant State comes to the forefront and assumes primacy over the other elements. But in this area also, the Indian argument fails because of the lack of evidence to support the

⁹ *R. M. D. Chamarbaugwalla v. The Union of India*, 1957, Supreme Court Reports, p. 944.

¹⁰ *Ibid.*, p. 951.

26. Ainsi la Cour suprême de l'Inde, commentant une décision antérieure, a déclaré :

«La doctrine de la divisibilité repose, comme on le verra tout à l'heure, sur l'intention présumée du législateur selon laquelle, si une partie d'une loi s'avère nulle, sa nullité ne doit pas toucher la validité du reste de la loi, cette intention devant être déduite du texte de la loi. Le facteur déterminant est la nature véritable de l'objet de la loi et, si l'existence dans la loi d'une subdivision des dispositions peut être très utile pour conclure à la divisibilité, son absence n'interdit pas nécessairement cette conclusion.»⁹

27. Quant au critère proprement dit, il comporte sept éléments dont certaines parties seulement ont été évoquées dans les plaidoiries, à savoir le premier élément et la première moitié du deuxième. Le premier élément, qui concerne la question de savoir si le législateur aurait adopté la partie valide de la loi s'il avait eu connaissance de la nullité entachant le reste de la loi, est ici dépourvu de pertinence.

28. Nul n'a jamais prétendu que l'Inde ait su d'avance que sa réserve Commonwealth était nulle. En fait, l'Inde a fait valoir que cette réserve n'était «incompatible ni avec le paragraphe 3 de l'article 36 du Statut, ni avec aucun autre de ses articles».

29. Le deuxième élément du critère, qui concerne le cas dans lequel les dispositions valides et les dispositions invalides sont si intimement liées qu'il est impossible de les dissocier, est contrebalancé par la suite du texte (qui n'a pas été cité dans les plaidoiries), où il est dit :

«Toutefois, si elles sont suffisamment distinctes et séparées pour que, après suppression des dispositions nulles, les dispositions qui demeurent constituent encore une loi indépendante du reste, elles sont maintenues bien que le reste ait été annulé.»¹⁰

Si l'on applique ce qui précède à la déclaration de l'Inde, on constate au premier coup d'œil qu'elle est subdivisée en plusieurs parties bien distinctes qui s'appliquent *rationae materiae* à des questions distinctes, et que la suppression de la réserve incriminée ne nuirait pas à l'intégrité du reste.

30. Le troisième élément du critère est que, même si les dispositions valides et les dispositions nulles peuvent être distinguées, la nullité de certaines entraînera la nullité de toutes si elles font toutes partie d'un ensemble unique qui est censé s'appliquer comme un tout. Cet élément du critère est plus pertinent, car c'est l'intention du législateur — ou, par analogie, de l'Etat déclarant — qui est ici au premier plan et prime sur les autres éléments. Mais, là non plus, l'argumentation de l'Inde n'est pas

⁹ R. M. D. *Chamarbaugwalla v. The Union of India*, 1957, *Supreme Court Reports*, p. 944.

¹⁰ *Ibid.*, p. 951.

claim that the declaration and reservation were intended to operate as a single scheme. Nothing can be more obvious than the fact that *ex post facto* statements made while this case was being considered before the Court to the effect that the declaration “constitutes an integral whole, an unity, reflecting the intention of the party” cannot substitute retroactively for the total lack of evidence. The only evidence that could be adduced in this respect was the fact that the Commonwealth reservation was maintained in the various declarations made by India accepting compulsory jurisdiction. No firm inference however can be drawn from this practice, save the inference that the reservation was important — perhaps even of considerable importance — to India, but this cannot of itself support a finding that it was the crucial or essential element in India’s acceptance of compulsory jurisdiction. In the first place there is a general presumption that States do not act lightly or frivolously and, in the area of formulating the terms of their acceptance of the Court’s compulsory jurisdiction, it is reasonable to assume that States attach importance to all the reservations and conditions contained in their declarations, especially if such conditions have withstood the test of time and the even more havoc-wreaking scrutiny of rigorous officials. However, to infer that every reservation that has not been purged or trimmed falls within the ambit of the crucial element of consent is to assume too much.

31. In the *Certain Norwegian Loans* case Judge Hersch Lauterpacht’s often-quoted opinion on the inseparability of the French reservation on domestic jurisdiction from the rest of France’s declaration rested on two grounds: the subject-matter of the reservation and the supporting evidence. With respect to the subject-matter, the French reservation, relating as it did to domestic jurisdiction, defined a general attitude towards the concept of compulsory jurisdiction and the limits within which France was ready to accept limitations to its own jurisdiction. His inference as to inseparability was therefore entirely justified. By contrast, the Indian reservation related only to a group of States and could not therefore define a general attitude or a general posture to compulsory jurisdiction. Additionally, the centrality of reserving matters to domestic jurisdiction pertains by definition to the very concept of sovereignty and this fact was supported by statements that had been made in the French Chamber of Deputies. In the present case no evidence could be supplied by India, either with reference to the “legislative history” of the declaration or otherwise, regarding the essential or crucial character of the Commonwealth reservation to India’s consent.

32. The remaining elements in the test devised by the Indian Supreme Court — 4, 5, 6 and 7 — deal respectively with the requirement that what is left should not be so thin and truncated; the primacy of substance over formal classification; the requirement that there be no subsequent modification of the valid part amounting to judicial legislation; and the need to look at the legislative history of the Statute, its object, title and pre-

convaincante, car rien ne prouve que, comme elle l'affirme, la déclaration et la réserve étaient censées s'appliquer comme un tout. Il est on ne peut plus évident que des déclarations faites *ex post facto* alors que la Cour était en train d'examiner le différend, et selon lesquelles la déclaration et la réserve «constituent un tout indivisible traduisant l'intention de la partie», ne sauraient combler rétroactivement l'absence totale de preuves. Le seul élément de preuve qui a pu être avancé à cet égard est que l'Inde a maintenu sa réserve Commonwealth dans toutes ses déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire. Aucune conclusion nette ne peut cependant en être inférée, sinon que la réserve était importante — et même peut-être d'une importance considérable — aux yeux de l'Inde, mais on ne peut pas pour autant en conclure que c'était l'élément crucial ou essentiel de l'acceptation par l'Inde de la juridiction obligatoire. Bien sûr, il est généralement présumé que les Etats n'agissent pas de façon inconsidérée ou frivole et, lorsqu'il s'agit de définir l'étendue de leur acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, on peut raisonnablement supposer qu'ils attachent de l'importance à toutes les réserves et conditions contenues dans leur déclaration, surtout si ces conditions ont résisté au temps et plus encore à l'examen rigoureux de leurs services. Mais on irait trop loin si l'on en déduisait que toute réserve qui n'a pas été expurgée ou modifiée constitue de ce fait un élément déterminant du consentement.

31. Dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens*, l'opinion fréquemment citée de M. Hersch Lauterpacht sur l'indivisibilité de la réserve française concernant la compétence nationale par rapport au reste de la déclaration de la France reposait sur deux fondements: l'objet de la réserve, et les éléments de preuve. En ce qui concerne son objet, la réserve française, en ce qu'elle portait sur la compétence nationale, définissait une attitude générale à l'égard de la notion de juridiction obligatoire, et les limites dans lesquelles la France était prête à accepter la limitation de sa propre compétence. M. Lauterpacht avait donc parfaitement raison de conclure à l'indivisibilité. Au contraire, la réserve indienne ne visait qu'un petit groupe d'Etats, et elle ne pouvait donc définir une attitude ou une position générale à l'égard de la juridiction obligatoire. En outre, le droit de décider que certaines questions relèvent de la compétence nationale est, par définition, au cœur même de la notion de souveraineté, et ce fait a été confirmé par des déclarations faites à l'Assemblée nationale française. Dans la présente espèce, l'Inde n'a pu apporter aucune preuve tirée de l'histoire de l'adoption de la déclaration, ni d'ailleurs aucune autre preuve du caractère essentiel ou déterminant de la réserve Commonwealth à l'acceptation de l'Inde.

32. Les autres éléments du critère défini par la Cour suprême de l'Inde — les éléments 4, 5, 6 et 7 — concernent respectivement les points suivants: les dispositions qui restent ne doivent pas être par trop insignifiantes et incomplètes; le fond prime sur toutes subdivisions formelles; le juge ne doit pas apporter aux dispositions valides d'autres modifications par lesquelles il se substituerait au législateur; il faut tenir compte des

amble. Applying these elements to the Indian declaration they all argue for separability of the reservation from the declaration.

33. I have delved into the learned arguments in this Indian decision in answer to the call to do so made by the Attorney General for India, but it is unnecessary to delve in like fashion into similar concepts found in other major systems of law. It is reasonable to expect that the solutions devised by those systems would not be radically different from that decision. Suffice it to mention, for example, that under Islamic law, the problem of separability would seem to be governed by the maxim "*Ma La Udraku kulluh La Utraku Julloh*" — that which cannot be attained in its entirety should not be substantially abandoned. A concept remarkably similar to the Roman law principle *ut res magis valeat quam pereat* — a document should be given validity wherever possible. It is also similar to what is generally agreed to be one of the basic goals of the law on invalidity, as formulated in the Vienna Conventions of 1969 and 1986, namely "to preserve, whenever possible, the validity of conventional arrangements rather than to altogether destroy it by considerations alien to that goal"¹¹.

34. To be sure, the law of treaties has had to acknowledge a tension, traceable to the early publicists¹², between the need on the one hand to preserve the integrity of treaties and to guard against arbitrary separability, and on the other not to permit States to invoke the very invalidity which they may have caused to be freed from their other obligations. Additionally, as treaties have tended to become more multilateral and heterogeneous in content, the rules governing separability have also tended to become more relaxed.

35. Reflecting those developments in the field of treaty-making and reconciling, or at least trying to reconcile those tensions, Article 44 of the Vienna Convention on the Law of Treaties opened the door for the principle of separability of treaty provisions, albeit in suitably guarded terms and subject to cumulative conditions stricter in some respects than those found under the general principles of law referred to in Article 38, paragraph 1 (*c*), of the Statute.

36. Thus, in paragraph 3 of Article 44, the principle of separability is established in cases where the ground relates solely to particular clauses (which is self-evidently the case with respect to the Commonwealth reservation) and where:

(a) The said clauses are separable from the remainder of the treaty with

¹¹ Rozakis. *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, 1976, p. 124.

¹² For an historical overview see *Codification of International Law, Supplement to the American Journal of International Law*, Vol. 29, 1935, pp. 1134-1144.

travaux préparatoires de la loi, de son objet, de son titre et de son préambule. Appliqués à la déclaration de l'Inde, tous ces éléments militent en faveur de la séparabilité de la réserve par rapport à la déclaration.

33. J'ai examiné en détail l'argumentation savante sur laquelle repose cette décision indienne, parce que l'*Attorney General* de l'Inde nous l'avait demandé, mais il est inutile d'étudier dans le même détail les notions similaires que l'on trouve dans d'autres grands systèmes de droit. On peut raisonnablement penser que les solutions imaginées par ces systèmes ne différeront pas radicalement de cette décision. Je me contenterai de mentionner par exemple, que, en droit islamique, le problème de la séparabilité semblerait régi par la maxime « *Ma La Udraku kulluh La Utraku Julloh* » — il ne faut pas abandonner fondamentalement ce qui ne peut être réalisé entièrement. Cette notion est remarquablement proche de celle du droit romain *ut res magis valeat quam pereat* — il faut chaque fois que possible donner effet à un acte instrumentaire. Elle est aussi semblable à ce que l'on considère généralement comme l'un des buts principaux des règles régissant la nullité, telles qu'elles sont exprimées dans les conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui est de « préserver, chaque fois que possible, la validité des arrangements conventionnels plutôt que de la détruire complètement par des considérations étrangères à ce but »¹¹.

34. Il est vrai que le droit des traités a été contraint de reconnaître l'existence d'une tension, mise en évidence par les premiers publicistes¹², entre, d'une part le souci de préserver l'intégrité des traités et de ne pas admettre la divisibilité de manière arbitraire et, d'autre part le souci de ne pas permettre aux Etats d'invoquer la nullité qu'ils peuvent avoir eux-mêmes causée pour se libérer de leurs autres obligations. En outre, et à mesure que les traités ont pris un caractère de plus en plus multilatéral et sont devenus de plus en plus hétérogènes dans leur contenu, les règles gouvernant la divisibilité ont aussi tendu à s'assouplir.

35. Reflétant cette évolution dans le domaine des traités et conciliant ces tensions, ou du moins essayant de les concilier, l'article 44 de la convention de Vienne sur le droit des traités a ouvert la porte au principe de la divisibilité des dispositions des conventions — avec toute la prudence voulue, et en fixant des conditions cumulatives plus strictes à certains égards que celles qui découlent des principes généraux du droit visés au paragraphe 1 c) de l'article 38 du Statut de la Cour.

36. Ainsi, le paragraphe 3 de l'article 44 admet le principe de la divisibilité dans les cas où la cause de nullité ne vise que certaines clauses déterminées (ce qui est évidemment le cas de la réserve Commonwealth) et où :

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

¹¹ Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, 1976, p. 124.

¹² Pour un aperçu historique, voir *Codification of International Law, Supplement to the American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, p. 1134-1144.

regard to their application — which is again self-evident in the case of the Commonwealth reservation.

- (b) It appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole.

The International Law Commission's commentary on what was to become Article 44, paragraph 3 (c), makes it clear that whether the condition is met "would necessarily be a matter to be established by reference to the subject-matter of the clauses, their relation to the other clauses, to the *travaux préparatoires* and to the circumstances of the conclusion of the treaty"¹³.

In this regard, the subject-matter of the Commonwealth reservation — being particular to a group of States and not representing a general attitude towards the concept of compulsory jurisdiction such as would be, for example, the exclusion of matters falling within the domestic jurisdiction of the declarant State — does not give rise to an inference that acceptance of the reservation was an essential or crucial basis of consent to submit to compulsory jurisdiction. Moreover, the relationship of the reservation to other reservations or conditions or other parts of the declaration cannot support such an inference. The only inference that can be drawn is that the reservation is readily separable from the remainder of the declaration. As for the *travaux préparatoires* (or their equivalent in the area of the optional acceptance of compulsory jurisdiction) no evidence whatsoever was provided by India that, with reference to those sources, its consent depended crucially on inseparability of declaration and reservation.

The words "and to the circumstances of the conclusion of the treaty" may give credence *prima facie* to the argument that, since the revised version of India's latest declaration in 1974 took place in circumstances where India was trying to avoid Pakistan's invocation of the Court's jurisdiction, it represented an essential basis of India's consent. Again in the absence of supporting evidence and given that the subject-matter of the reservation is confined to a particular class of disputes, any conclusion that goes beyond acknowledging that the reservation was an important — as distinct from an essential — basis of consent would be unwarranted. Indeed the very fact that India chose to renew its declaration — with modifications — under those circumstances would support this conclusion.

- (c) Continued performance of the remainder of the treaty would not be

¹³ *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 238. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed., pp. 166-167.

exécution — ce qui est là encore évidemment le cas pour la réserve Commonwealth;

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

Dans son commentaire sur le texte qui allait devenir le paragraphe 3 b) de l'article 44, la Commission du droit international indiquait clairement que la réponse à la question de savoir si la condition est remplie «devra nécessairement être établie par référence à l'objet qui fait la matière des clauses considérées, à la relation de celles-ci avec les autres clauses, aux travaux préparatoires et aux circonstances de la conclusion du traité»¹³.

A cet égard, l'objet de la réserve Commonwealth — qui est particulière à un groupe d'Etats et ne représente pas une attitude générale à l'égard de la notion de juridiction obligatoire, comme ce serait le cas, par exemple, d'une réserve excluant les questions qui relèvent de la compétence nationale de l'Etat déclarant — ne permet pas de déduire que l'acceptation de la réserve était un élément essentiel ou déterminant du consentement à se soumettre à la juridiction obligatoire. Le rapprochement de cette réserve avec d'autres réserves, conditions ou autres parties de la déclaration ne saurait d'ailleurs étayer une telle déduction. La seule déduction que l'on puisse en tirer est que la réserve est tout à fait séparable du reste de la déclaration. Quant aux travaux préparatoires (ou leur équivalent, s'agissant d'acceptation facultative de la juridiction obligatoire), l'Inde n'a fait valoir aucun élément extrait de ces sources et montrant que son consentement était subordonné de façon déterminante au caractère indissociable de la déclaration et de la réserve.

Les mots «et aux circonstances de la conclusion du traité» peuvent donner *prima facie* de la crédibilité à l'argument selon lequel, puisque la dernière révision de la déclaration de l'Inde, en 1974, avait eu lieu dans des circonstances dans lesquelles l'Inde essayait d'empêcher le Pakistan d'invoquer la compétence de la Cour, la réserve constituait un élément essentiel de son consentement. Mais une fois encore en l'absence de preuves, et étant donné que l'objet de la réserve est limité à une certaine catégorie de différends, toute conclusion par laquelle on ne se bornerait pas à reconnaître que la réserve constituait une base importante — importante et non essentielle — du consentement de l'Inde serait injustifiée. Le fait même que l'Inde ait, dans ces circonstances, décidé de renouveler sa déclaration — avec des modifications — le confirme.

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

¹³ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 260. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., p. 166-167.

unjust. As is well known, this condition has been criticized as being inevitably subjective, adding little to the underlying basis of condition (b)¹⁴. Against this, the rationale for the paragraph seems to be that it is useful to deal with situations where — with the passage of time — certain provisions may gain or lose in importance in a way not foreseen in the negotiations. Whatever the merits or demerits of this condition, it is apparent that the continued binding force of the Indian declaration without the reservation would not be unjust for India, given that Pakistan maintains no such reservation with regard to India. Moreover, while opinions differ as to the obsolescence *stricto sensu* of the Commonwealth reservation, there can be little doubt that the reservation is losing in relevance as time passes¹⁵, as can be seen not only from the diminishing number of Commonwealth members who maintain such a reservation but also from the phenomenon — admittedly still in *statu nascendi* — of greater readiness on the part of States, including Commonwealth members, to submit to compulsory jurisdiction in other fora and under important instruments, for example under the 1982 Law of the Sea Convention and within the framework of the World Trade Organization.

37. It would seem therefore that the reservation in question is likely to decline further in importance over time, which would support the conclusion that striking out the Commonwealth reservation is unlikely to lead to unjust results for India by reason of the continued performance of its remaining obligations under its declaration.

38. It would follow, therefore, that the reservation is separable from the rest of the declaration.

(Signed) Awn S. AL-KHASAWNEH.

¹⁴ Capotorti, "L'extinction et la suspension des traités", 134 *Recueil des cours*, 1971, p. 463.

¹⁵ The literature lends authority to this view; Merrills for example observes "this reservation must be taken to have outlived its usefulness" (*British Year Book of International Law*, 1993, p. 222).

Comme on le sait, cette troisième condition a été critiquée comme étant nécessairement subjective, et n'ajoutant pas grand chose au principe qui sous-tend la condition de l'alinéa *b)*¹⁴. A cet argument, on peut répondre que cet alinéa semble avoir sa raison d'être dans les situations où — avec le temps — certaines dispositions peuvent acquérir ou perdre de l'importance d'une manière qui n'avait pas été prévue dans les négociations. Quels qu'en soient les mérites ou les défauts, il est apparent que le maintien en vigueur de la déclaration sans la réserve ne serait pas injuste pour l'Inde, puisque le Pakistan de son côté n'a pas fait la même réserve à l'égard de l'Inde. De plus, si les opinions divergent en ce qui concerne la caducité *stricto sensu* de la réserve Commonwealth, il n'est guère douteux que la pertinence de celle-ci diminue avec le temps¹⁵, comme le montrent non seulement le nombre décroissant de membres du Commonwealth qui ont maintenu cette réserve, mais aussi le phénomène — *in statu nascendi*, certes — constitué par le fait que les Etats, y compris les membres du Commonwealth, sont plus enclins à accepter la compétence obligatoire d'autres juridictions, en vertu d'instruments internationaux importants comme la convention de 1982 sur le droit de la mer ou dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce.

37. Il semble donc vraisemblable que la réserve Commonwealth soit appelée à perdre encore de son importance avec le temps, ce qui tend à confirmer la conclusion selon laquelle il est improbable que la suppression de cette réserve entraîne des conséquences injustes pour l'Inde si elle continue à exécuter les obligations qui découlent pour elle du reste de sa déclaration.

38. Il s'ensuit donc que la réserve peut être dissociée du reste de la déclaration.

(Signé) Awn S. AL-KHASAWNEH.

¹⁴ Capotorti, «L'extinction et la suspension des traités», *Recueil des cours*, 1971, vol. 134, p. 463.

¹⁵ La doctrine confirme ce point de vue; Merrills par exemple fait observer que «cette réserve doit être considérée comme ayant perdu aujourd'hui son utilité» (*British Year Book of International Law*, 1993, p. 222).