

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

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 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.

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.

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

réserves 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.

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. 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.

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'historique 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

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.

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.

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).