

SEPARATE OPINION OF JUDGE *AD HOC* BERMAN

Appeal must be rejected but Court has missed the opportunity to offer much-needed clarification of Article 84 of the Chicago Convention — Separate finding that ICAO Council has “jurisdiction” not required by Party submissions and likely to lead to future misunderstanding or confusion unless qualified or explained — Many difficulties in understanding and interpreting Article 84 in itself and in light of powers already conferred on Council by Chicago Convention — Failure of the Court and of the Parties to try to unpick why Article 84 focuses primarily on “disagreements” not disputes — While dispute presupposes disagreement, not every disagreement constitutes a dispute — Multiple reasons, deriving from ICAO Council’s nature, composition, mode of operation, and its own Rules, why Council is not a judicial organ and its dispute settlement functions are not judicial ones justifying the term “jurisdiction” — Council’s functions rather to give authoritative rulings based on its specialist expertise, whether or not part of specific inter-State disputes — Such a reading would respect terms of the Convention, make greater practical sense, and open way to clearer and more manageable role for Court itself in its appellate function — These issues regrettably not argued out by Parties, however, so must await some future occasion to be decided — If Applicants’ choice of non-Chicago Convention defence cannot deny ICAO Council its competence, then it cannot extend Council’s competences under Article 84 either, and Court should have been prepared to say so — Court should have subjected to more nuanced attention the cavalier treatment of due process considerations in 1972 Judgment — No room for any impression that serious procedural irregularity is of no concern to Court, or that such irregularity may (should it occur) render a Council decision a nullity or of no legal effect — Right that Court should remind the Council that Article 84 imposes substantive legal requirements of its own on the Council in order to make Court’s appellate functions effective, notably requirement to give reasons for Council’s decisions.

1. I have no great difficulty in associating myself with the Court’s dismissal of this appeal. The applicant States have failed to make out any of their three grounds of appeal against the Decision of the ICAO Council (which I will for convenience refer to simply as “the Council”), and the inevitable consequence is that the appeal as such must be rejected. Nevertheless, the Court has thought it useful to add, in the second part of the *dispositif* of its Judgment, a formal finding that the Council “has jurisdiction to entertain” the application submitted to it by Qatar. These are sweeping terms which have little relationship to the submissions actually

OPINION INDIVIDUELLE DE M. LE JUGE *AD HOC* BERMAN

[Traduction]

Appel devant être rejeté mais Cour ayant manqué une occasion d'apporter les éclaircissements qui s'imposaient concernant l'article 84 de la convention de Chicago — Énoncé distinct selon lequel le Conseil de l'OACI a « compétence » n'étant pas demandé dans les conclusions des Parties et risquant, s'il n'est pas assorti de précisions ou d'explications, de faire naître méprise ou confusion à l'avenir — Nombreuses difficultés dans la compréhension et l'interprétation de l'article 84 en soi et à la lumière des pouvoirs que la convention de Chicago confère par ailleurs au Conseil — Cour et Parties n'ayant pas tenté de démêler pourquoi l'article 84 porte principalement sur les « désaccords » et non les différends — Différend présupposant un désaccord, mais désaccord ne constituant pas nécessairement un différend — Raisons multiples liées à la nature, à la composition et au mode opératoire du Conseil, ainsi qu'au Règlement qu'il a lui-même établi, démontrant qu'il ne s'agit pas d'un organe judiciaire dont les fonctions de règlement des différends auraient un caractère judiciaire justifiant le terme « compétence » — Fonctions du Conseil consistant plutôt à rendre des décisions faisant autorité, fondées sur son expertise dans un domaine spécialisé, dans le cadre ou non de différends particuliers entre Etats — Pareille interprétation étant conforme aux termes de la convention et aux réalités pratiques, et permettant de préciser et de faciliter le rôle de la Cour elle-même dans le cadre de sa fonction d'appel — Nécessité d'attendre une occasion future de trancher ces questions, celles-ci n'ayant regrettamment pas été soulevées par les Parties — Absence d'effet restrictif sur la compétence du Conseil du choix des demandeurs d'invoquer un moyen de défense étranger à la convention de Chicago impliquant que ledit choix ne puisse pas non plus étendre les responsabilités conférées au Conseil par l'article 84, et regret que la Cour n'ait pas été disposée à le dire — Regret que la Cour n'ait pas examiné de manière plus nuancée le traitement cavalier réservé aux considérations relatives à la régularité de la procédure dans l'arrêt de 1972 — Nécessité de ne pas donner la moindre impression qu'un vice grave de procédure n'est pas source de préoccupation pour la Cour ou pourrait, s'il se produisait, entraîner la nullité d'une décision du Conseil ou priver celle-ci d'effet juridique — Cour ayant à juste titre rappelé que l'article 84 lui-même impose au Conseil de respecter certaines obligations juridiques de fond, notamment celle de motiver ses décisions, pour donner effet aux fonctions d'appel de la Cour.

1. C'est sans grande difficulté que je m'associe à la décision de la Cour de rejeter le présent appel. Les Etats demandeurs n'ont établi aucun des trois moyens d'appel qu'ils avancent contre la décision du Conseil de l'OACI (désigné ci-après, pour plus de commodité, le « Conseil »), ce dont il découle inévitablement que l'appel, en tant que tel, doit être rejeté. La Cour a toutefois estimé utile d'ajouter, dans la seconde partie du dispositif de son arrêt, une conclusion formelle à l'effet de dire que le Conseil « a compétence pour connaître » de la requête dont il a été saisi par le Qatar. Cet énoncé de large portée n'est guère en rapport avec les conclusions réellement présen-

put to the Court by the Parties on either side. They are terms which, if left unqualified or unexplained, are all too likely to lead to misunderstanding or confusion in the future, in the application of Article 84 of the Chicago Convention. And, as the Court has missed the opportunity to perform, in its Judgment, the necessary task of explanation or even qualification, I have found myself constrained to vote against subparagraph (2) of paragraph 127, and should explain the reasons why. I do so in the hope that this may be of real assistance to the Council in the future in carrying out the awkward and not altogether clear-cut task that has been laid upon it by Article 84. What I say may well turn out to be of greater practical importance for the case of a final decision by the Council on the merits of a question of interpretation or application of the Chicago Convention, but that does not make it out of place in appeal proceedings on what the Judgment refers to as a question of “jurisdiction” as the precursor of an eventual decision on the merits.

2. Article 84 is a difficult and troubling provision, raising numerous problems over its interpretation, as well as uncertainties over what the intention was that lay behind it. It is hardly surprising to find in the historical record that it has regularly raised perplexity and anxiety within the Council itself over what it can and should do to realize the mandate Article 84 casts upon it, and how that should be done. Much of that can be seen reflected in the controversy and uncertainty that dogged the processes followed within ICAO in the handling of Qatar’s initial complaint, and which re-emerged in the present proceedings before the Court.

3. If the appellate jurisdiction conferred on this Court by Article 84 is reasonably clear — or at least clear enough (though see paragraphs 12 and 18 below), it is far from clear, on the terms of the Article, exactly what authority it seeks to confer on the ICAO Council over and above that which arises from the other provisions of the Chicago Convention taken as a whole. The Council already has, for example, the “[m]andatory”¹ function under Article 54 to “[c]onsider any matter relating to the Convention which any contracting State refers to it”, as well as to “[r]eport to contracting States any infraction of this Convention”. What Article 84 adds to that must therefore be something to do with the nature or legal status of the decision which the Council reaches on an application made to it under Article 84, not about its competence to entertain the application in the first place. By using in the *dispositif* the term “jurisdiction” for the Council’s functions under Article 84, with all of the connotations that term usually carries of judicial power and process, the Court has, regrettably, contributed to prolonging this confusion rather than setting out to dispel it.

4. Article 84 is drafted to deal with “disagreements” between contracting States, disagreements “relating to” the interpretation or application of the Convention. Although the heading uses the term “disputes” — and

¹ The term is drawn from the heading to Article 54.

tées à la Cour par l'une et l'autre des Parties. En outre, il risque fort, s'il n'est pas assorti de précisions ou d'explications, de faire naître méprise ou confusion dans l'application future de l'article 84 de la convention de Chicago. Or, la Cour n'ayant pas saisi cette occasion pour apporter dans son arrêt les explications, ou même les précisions, qui s'imposaient, je me suis trouvé contraint de voter contre le point 2) du paragraphe 127. Je souhaite ici expliquer les raisons de ce choix, dans l'espoir que cela pourra présenter une réelle utilité pour le Conseil lorsque, à l'avenir, celui-ci exécutera la tâche difficile et aux contours peu nets qui lui a été confiée par l'article 84. Quoique mes réflexions puissent se révéler plus utiles, en pratique, dans le cas d'une décision définitive que le Conseil rendrait au fond sur une question d'interprétation ou d'application de la convention de Chicago, elles ne sont pas pour autant dépourvues de pertinence dans une procédure d'appel portant sur ce que l'arrêt désigne comme une question de «compétence» présageant une décision ultérieure sur le fond.

2. L'article 84 est une disposition complexe et problématique qui soulève de nombreuses questions quant à son interprétation, ainsi que des incertitudes sur l'intention qui sous-tendait sa rédaction. Il est peu surprenant de constater, dans les documents historiques, que cette disposition a régulièrement suscité, au sein même du Conseil, perplexité et inquiétude sur ce que celui-ci pouvait et devait faire — et selon quelles modalités — pour exécuter le mandat que lui confie l'article 84. C'est ce que traduisent en grande partie les controverses et incertitudes qui ont marqué les choix opérés par l'OACI dans son traitement de la plainte initiale du Qatar, et qui se sont à nouveau manifestées dans la présente procédure devant la Cour.

3. Si l'article 84 est relativement clair — ou, à tout le moins, suffisamment clair (voir toutefois, sur ce point, les paragraphes 12 et 18 ci-après) — quant à la compétence conférée à la Cour en matière d'appel, il l'est beaucoup moins en ce qui concerne le pouvoir qu'il vise à confier au Conseil de l'OACI en sus de ceux qui découlent des autres dispositions de la convention de Chicago, envisagée dans son ensemble. Ainsi, le Conseil a déjà pour fonctions «obligatoires»¹, selon l'article 54, d'«examiner toute question relative à la Convention dont il est saisi par un Etat contractant», et de «signaler aux Etats contractants toute infraction à la présente Convention». Ce qu'apporte l'article 84 doit donc concerner la nature ou le statut juridique de la décision que rend le Conseil sur une requête dont il est saisi en vertu de cette disposition, et non sa compétence pour connaître de cette requête. En employant, dans le dispositif, le terme «compétence» — avec toutes les notions de pouvoir et de procédure judiciaires qui lui sont généralement associées — au sujet des fonctions que tient le Conseil de l'article 84, la Cour a regrettamment contribué à maintenir cette confusion au lieu de s'employer à la dissiper.

4. Selon son libellé, l'article 84 parle des «désaccords» entre Etats contractants «à propos de» l'interprétation ou l'application de la convention. Quoique le terme «différends» apparaisse dans l'intitulé de l'article

¹ Le terme est tiré de l'intitulé de l'article 54.

there are two references to “dispute” in the body text — it remains the fact that what the Article opens the path for, and what the Council must then “decide”, are “disagreement[s] between two or more contracting States” which, if not settled by agreement between them, may then be referred to the Council by any State “concerned in” the disagreement. The Court’s failure to enter into any consideration of the use of these two different terms in Article 84 is disappointing. The Court is of course right to point out (in paragraph 29), by reference to the Judgment in *Mavromatis Palestine Concessions*, that for there to be a “dispute” presupposes a “disagreement”, but this by no means entails that every disagreement constitutes a dispute. It is not at all difficult to give each of the two different terms, as used here, a full meaning of its own, and one which would thus illuminate the role and function cast on the Council by Article 84.

5. While therefore Article 84, taken as a whole, can certainly find a place of some kind within the framework of “dispute settlement” — in the broad ecumenical sense of Article 33 of the United Nations Charter with its references to negotiation, enquiry, mediation, conciliation, etc. — the language used is not that of *judicial* settlement. And it is judicial settlement that carries with it the notion of “jurisdiction” (*jus dicere*) and therefore of the legally binding outcome that results from its exercise.

6. The Court has, again rightly, made it plain that the Council should not be regarded as a judicial organ in any ordinary sense. The Judgment lays out, in paragraph 60, some compelling reasons why that is so, and others could readily be added, including the factor which figured largely in the arguments of the Parties, namely that the Members of the Council are accepted as acting on instructions from their Governments, even in the exercise of their functions under Article 84. To which I would myself add a further factor, and one that seems to me of possibly even greater significance. This is that, in framing its own Rules for the implementation of Article 84², the Council builds expressly on the notions of “disagreement” and “not settled by negotiation” which are found in the Article. It does this by laying a mandatory requirement on itself to consider at an early stage (Article 6 of the Rules) whether to invite the States concerned to enter into direct negotiations, and even allows it expressly to suspend its own proceedings for that purpose, to offer its own assistance in negotiations, to appoint conciliators, have enquiries carried out, procure expert opinions, etc. (Articles 8 and 14 of the Rules). These are actions naturally and typically associated with the highest executive organ of a significant technical agency, or with an *amiable compositeur*, but not with any kind of tribunal. The Judgment touches on this, in paragraph 88, but

² Entitled, incidentally, Rules for the Settlement of *Differences* (emphasis added).

et figure également, au singulier, à deux reprises dans son texte même, ce à quoi l'article ouvre la voie et ce sur quoi le Conseil doit donc «statue[r]», ce sont les «désaccord[s] entre deux ou plusieurs Etats contractants» qui, s'ils ne sont pas réglés entre ces derniers, peuvent être soumis au Conseil par tout Etat «impliqué dans» le désaccord en question. On ne peut que regretter que la Cour ne se soit aucunement intéressée à l'emploi que fait l'article 84 de ces deux termes distincts. C'est évidemment à juste titre qu'elle souligne (au paragraphe 29), en se référant à l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, que l'existence d'un «différend» présuppose celle d'un «désaccord»; toutefois, cela n'implique nullement qu'un désaccord constitue nécessairement un différend. On pourrait sans aucune difficulté attribuer à chacun de ces deux termes, tels qu'ils sont employés dans le présent contexte, tout le sens qui lui est propre, afin d'éclairer le rôle et la fonction que confère l'article 84 au Conseil.

5. Si l'article 84, pris dans son ensemble, s'inscrit donc assurément, dans une certaine mesure, dans le régime du «règlement des différends» — au sens large et œcuménique de l'article 33 de la Charte des Nations Unies, et des moyens tels que la négociation, l'enquête, la médiation ou la conciliation qui y sont mentionnés —, les termes employés ne sont toutefois pas ceux du règlement *judiciaire*. Or, c'est bien le règlement judiciaire qui emporte la notion de «compétence», ou «juridiction» (*jus dicere*), et, partant, celle de résultat juridiquement contraignant qui découle de son exercice.

6. La Cour a, là encore à juste titre, clairement indiqué que le Conseil ne saurait être considéré comme un organe judiciaire, quel que soit le sens ordinaire attribué à ce terme. Au paragraphe 60 de l'arrêt, elle l'explique par certaines raisons impérieuses, qui peuvent aisément être complétées d'autres éléments, notamment le fait, largement mentionné dans les argumentations respectives des Parties, que les membres du Conseil sont réputés agir selon les instructions de leurs gouvernements, y compris dans l'exercice des fonctions que leur confère l'article 84. Il convient, de mon point de vue, d'y ajouter un autre facteur, peut-être plus important encore, soit le fait que le Conseil lui-même, lorsqu'il a établi son propre Règlement aux fins de la mise en œuvre de l'article 84², a expressément fait fond sur la notion de «désaccord» ne pouvant être «régulé par voie de négociation» qui figure dans cet article. Il s'est ainsi imposé l'obligation (article 6 du Règlement) de rechercher dès le début s'il y a lieu d'inviter les Etats concernés à entrer en négociation directe, s'autorisant même expressément à, notamment, suspendre sa procédure à cet effet, prêter assistance aux parties, désigner des conciliateurs ou encore faire procéder à des enquêtes et des expertises (articles 8 et 14 du Règlement). Ces mesures sont naturellement et généralement associés aux prérogatives de l'organe exécutif suprême d'un organisme technique de premier plan, ou à celles

² Lequel est d'ailleurs intitulé «Règlement pour la solution des *différends*» (les italiques sont de moi).

does so far too lightly, indeed almost casually, and thus fails to extract from it the conclusions that should have been drawn.

7. All of the above is so far removed from the fundamental concepts underlying judicial or legal settlement of disputes, anchored as they are in the objective, independent, and detached assessment of arguments of fact and law, that it must give one pause. Pause, in other words, to consider whether the contracting States to the Chicago Convention, or in its turn the Council itself, in seeking to give effect to their wishes, can have been thinking of Article 84 as endowing the Council with any kind of judicial power to decide, with binding legal effect, upon disputes between member State A and member State B. It can be remarked in this connection that, whereas the Chicago Convention goes out of its way, in Article 86, to confer “final and binding” status on appellate decisions of this Court (or an arbitral tribunal), it says nothing at all a few lines earlier about the status in law of a decision arrived at by the Council on a “disagreement between two or more contracting States relating to the interpretation or application of the Convention”.

8. Moreover, I detect another significant clue within the text of Article 84 itself. The Article opens the right to appeal against a Council decision of the kind just mentioned, not to any State “party” to a “dispute”, nor even to any State “concerned in a disagreement”, but in fact to *any contracting State* to the Convention without further qualification. If that means what it says, it takes one a long way away from any normal dispute settlement process, and most certainly one involving elements lying outside the régime of the Chicago Convention. True it is that no textual questions of this kind found much place in the arguments of the Parties on either side, and that the Court may therefore have some justification for not entering into them itself in any detail. But it seems to me elementary that any judgment of the Court that bases itself on a concept of “jurisdiction” is duty bound to give some prior reasoned consideration to the actual nature and quality of the powers or competences that had been conferred on the body thought to possess such “jurisdiction”. And that, in turn, can only be done by close analysis of Article 84 and associated articles according to the hallowed formula of the Vienna Convention on the Law of Treaties, i.e. to discern the meaning to be given to their terms in their context and in the light of the object and purpose of the treaty as a whole.

9. The Court has always given close and minute attention of this kind to jurisdictional clauses³. The more “jurisdictional” the Court was

³ See, most recently, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (II), p. 584, para. 57.

d'un amiable compositeur, mais pas à celles d'une instance judiciaire, quelle qu'elle soit. Quoique la Cour aborde ce point au paragraphe 88 de l'arrêt, elle le fait bien trop brièvement, voire presque incidemment, et n'en tire donc pas les conclusions qu'elle aurait dû en tirer.

7. Tous les éléments qui précèdent sont si éloignés des concepts fondamentaux — ancrés dans une appréciation objective, indépendante et détachée des arguments de fait et de droit — qui sous-tendent le règlement judiciaire ou juridique des différends qu'ils doivent donner à réfléchir. Plus précisément, ils invitent à examiner si les Etats contractants de la convention de Chicago, ou par la suite le Conseil lui-même, lorsqu'il a entendu donner effet à leurs souhaits, ont vraiment pu envisager l'article 84 comme conférant au Conseil un quelconque pouvoir judiciaire pour statuer, avec effet juridique contraignant, sur un différend entre des Etats membres A et B. On peut noter à cet égard que, si, à l'article 86, la convention de Chicago va jusqu'à qualifier de « définitives et obligatoires » les décisions rendues par la Cour (ou un tribunal d'arbitrage) siégeant en appel, elle ne dit rien, quelques lignes plus haut, du statut en droit d'une décision rendue par le Conseil sur un « désaccord entre deux ou plusieurs Etats contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de la ... Convention ».

8. En outre, le texte même de l'article 84 me semble révéler un autre indice important : il dit que le droit de faire appel d'une telle décision du Conseil est ouvert non pas à tout Etat « partie » à un « différend », pas même à tout Etat « impliqué dans un désaccord », mais à *tout Etat contractant* de la convention, sans autre précision. Si ce libellé dit bien ce qu'il veut dire, on est fort éloigné d'une quelconque procédure normale de règlement de différend, et plus encore d'une procédure comportant des éléments qui ne relèvent pas du régime de la convention de Chicago. Certes, les Parties n'ont guère abordé de questions textuelles de cette nature dans leurs argumentations respectives, et cela peut justifier, dans une certaine mesure, que la Cour ne les ait pas elle-même examinées en détail. Il me paraît toutefois évident que tout arrêt reposant sur une notion de « compétence » doit inclure un examen préalable et rationnel de la nature et de la qualité réelles des pouvoirs ou prérogatives conférés à l'organe supposé avoir cette « compétence ». Or, cet examen passe lui-même nécessairement par une analyse approfondie de l'article 84 et des dispositions connexes, laquelle doit être effectuée conformément à la formule consacrée de la convention de Vienne sur le droit des traités, soit en discernant le sens ordinaire à attribuer à leurs termes dans leur contexte et à la lumière de l'objet et du but du traité pris dans son ensemble.

9. La Cour a toujours accordé une attention particulière et minutieuse à ce type de disposition³. Elle était d'autant plus tenue de procéder à

³ Voir, tout récemment, *Application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (Ukraine c. Fédération de Russie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2019 (II), p. 584, par. 57.

inclined to find Article 84 to be, the more the Court was under a duty to give that kind of detailed attention to the Article's interpretation. A true "jurisdictional" clause — perhaps more so than any other, inasmuch as it embodies, along with general consent to be bound by the treaty as a whole, specific consent by each contracting State to the exercise of that jurisdiction and the consequences of its exercise — has to be interpreted as it is, with all its difficulties and ambiguities, not according to how later interpreters might themselves have written the clause if tasked with doing so.

10. For all of the above reasons and more, it seems to me that there is another reading of Article 84, in its context within the Chicago Convention as a whole, including specifically the other powers and functions to be carried out by the Council. Rather than conceiving of the Council as endowed with "jurisdiction" of any kind to settle disputes between particular member States, this reading of the Convention would see the Council as carrying the high administrative function, drawing on its unique knowledge and expertise in the field of civil aviation, of giving authoritative rulings as to what the Convention means and requires, *whether or not* such issues form part of specific disputes between member States over their particular rights and duties towards one another. Once the matter is viewed from that angle, the great majority of the questions contested between the Parties in these proceedings take on a quite different aspect and become tractable. As indeed do many of the textual questions of interpretation raised above.

11. Such a reading of Article 84 would moreover have one inestimable advantage, in fact two.

12. On the one hand, far from subjecting the decisions of the Council, as a dispute settlement role would do, to the common rule embodied in Article 59 of the Court's own Statute, i.e. that they had binding force only between the States involved and in respect of that particular situation, it would turn the Council's decisions into authoritative determinations of general application having equal force for *all* the contracting States to the Chicago Convention, to the enormous benefit of the vital régime of international civil aviation on which so much of the modern world depends. And on the other hand, it would demarcate a clearer and more manageable role for the Court itself in its appellate function, confining it to the correct interpretation of the provisions of the Convention and their proper application, but without drawing the Court into decisions of aviation policy in which it might find itself as much adrift as the Council might find itself over questions of international law.

13. There is, in other words, much to be said for such a reading, which respects the actual terms of Article 84 and its associated provisions, and

l'examen approfondi de l'interprétation qu'il convient de faire de l'article 84 qu'elle était encline à attribuer audit article ce caractère de clause «attributive de compétence». Plus encore, peut-être, que toute autre disposition — puisque, outre le consentement général à être lié par le traité dans son ensemble, elle consacre le consentement spécifique de chaque Etat contractant à l'exercice de la compétence et aux conséquences de cet exercice —, une clause réellement «attributive de compétence» doit être interprétée telle qu'elle est formulée, avec toutes ses difficultés et ses ambiguïtés, et non de la manière dont des commentateurs l'interprétant ultérieurement l'auraient rédigée si la tâche leur en avait été confiée.

10. Pour toutes les raisons qui précèdent et d'autres encore, une lecture différente peut, à mon avis, être faite de l'article 84, tel qu'il s'inscrit dans la convention de Chicago dans son ensemble, et en particulier dans le contexte des autres pouvoirs et fonctions conférés au Conseil. Cette lecture consiste à considérer que celui-ci est non pas investi d'une quelconque «compétence» pour régler des différends entre Etats membres particuliers, mais d'une haute fonction administrative, fondée sur les connaissances et l'expertise particulières qui sont les siennes dans le domaine de l'aviation civile, en vertu de laquelle il rend des décisions faisant autorité sur le sens à donner aux dispositions de la convention et les obligations qui en découlent, *que ces questions s'inscrivent ou non* dans le cadre de différends particuliers entre des Etats membres concernant leurs droits et obligations mutuels. Dès lors que l'on envisage les choses de ce point de vue, les questions en litige entre les Parties dans la présente espèce prennent, pour une large part, un tout autre visage et leur résolution s'en trouve facilitée. Tel est le cas, de fait, de nombre des questions d'interprétation textuelles soulevées ci-dessus.

11. Une telle lecture de l'article 84 présenterait en outre un avantage inestimable, ou plutôt deux.

12. Tout d'abord, loin d'être, comme ce serait le cas si le Conseil avait un rôle de règlement des différends, soumises à la règle commune consacrée par l'article 59 du propre Statut de la Cour, selon laquelle elles n'auraient force obligatoire qu'entre les Etats concernés et à l'égard d'une situation particulière, les décisions du Conseil seraient considérées comme des déclarations faisant autorité et s'appliquant de manière générale et avec la même force à l'égard de *tous* les Etats contractants de la convention de Chicago, pour le plus grand bénéfice du régime essentiel de l'aviation civile internationale, dont le monde moderne est, à tant d'égards, tributaire. Et cette interprétation permettrait aussi de préciser et de faciliter le rôle de la Cour elle-même au titre de sa fonction d'appel, lequel serait délimité par les dispositions de la convention correctement interprétées et dûment appliquées, évitant en outre à la Cour d'avoir à trancher des questions de politique en matière d'aviation à l'égard desquelles elle se trouverait aussi démunie que le Conseil à l'égard de questions de droit international.

13. En d'autres termes, de nombreux éléments militent en faveur d'une telle lecture, qui est conforme aux termes mêmes de l'article 84 et des dis-

also makes good practical sense. But I must exercise caution in expressing myself on the subject, as the underlying issues, rather than my disappointment, have not been argued out by the Parties before the Court. The question therefore remains open, to be decided by the Court at some later stage when the opportunity and the need arise.

14. Having reached this point, I should like to add two points of a more specific character, directed at particular aspects of the Judgment.

15. The first relates to paragraph 49 of the Judgment.

16. I particularly regret the Court's inexplicable refusal to draw the corollary from its main finding in this paragraph, which is central to the whole disposition of the case. The Court says (in my view rightly) that the ICAO Council cannot be disseised of its competences under Article 84 by the fact that one side in a disagreement has defended its actions on a basis lying outside the Chicago Convention. But it must necessarily follow, by the same token, that the invocation of a wider legal defence cannot have the effect of extending or expanding the Council's competence under Article 84 either. This is implicit in what the Court has said. But by failing to say so expressly, the Court has missed a valuable opportunity to clarify what the Council may properly do within the parameters of Article 84, which would certainly have been of value to the Council in future.

17. The second relates to the questions of due process raised under the first ground of appeal, and disposed of by the Court somewhat brusquely in paragraphs 123-124 of the Judgment. In these two brief paragraphs, the Court does little more than recapitulate in summary form, without further discussion, the approach taken by the Court in the only precedent case some forty years ago.

18. The cavalier approach to this question adopted by the Court in 1972, and (regrettably) not subjected today to the more nuanced attention called for in contemporary conditions, ignores the possibility that a given decision of the Council might for some particular reason, or for a combination of reasons, be tainted to such an extent by fundamental procedural irregularity that the Court would find itself obliged to treat that purported decision as a nullity or, in the French terminology, *une décision nulle et non avenue*. Or indeed that, in certain perfectly conceivable circumstances, serious procedural irregularity may simply prevent a resulting answer to a question of law being considered as legally "correct" at all. Were that to happen, the Court would be confronted with the question: What should be understood as implicit in the notion of "appeal", in the way the concept is employed in Article 84, as to the functions of the Court as an appellate instance and as to the range of the remedies available to it flowing from that? One naturally hopes that a situation of that kind will never arise, in a highly responsible specialized agency like ICAO, but unlikelihood is not impossibility, and it would be unfortunate if over-

positions qui lui sont associées et, de surcroît, logique d'un point de vue pratique. Il me faut toutefois faire preuve de prudence dans mes réflexions sur ce sujet, puisque les considérations qui les sous-tendent n'ont, à mon grand regret, pas été examinées par les Parties dans leurs argumentations respectives. La question demeure donc ouverte et devra être tranchée par la Cour à un stade ultérieur, lorsque l'occasion se présentera et le besoin s'en fera sentir.

14. Je souhaiterais à présent soulever deux autres points plus particuliers, qui concernent des aspects précis de l'arrêt.

15. Le premier a trait au paragraphe 49 de l'arrêt.

16. Je déplore en particulier le refus inexplicable de la Cour de tirer le corollaire de la conclusion principale énoncée dans ce paragraphe, qui est essentielle au règlement de la présente affaire dans son ensemble. La Cour dit (à juste titre, selon moi) que le Conseil de l'OACI ne saurait se voir priver de la compétence qu'il tient de l'article 84 par le simple fait que l'une des parties à un désaccord invoque, pour justifier ses actes, un moyen de défense ne relevant pas de la convention de Chicago. Or, il s'ensuit nécessairement que l'invocation d'une défense juridique plus large ne saurait non plus avoir pour effet d'élargir ou d'étendre cette même compétence. Si cela ressort implicitement de l'énoncé qu'elle formule, la Cour, en ne l'ayant pas dit expressément, a toutefois manqué une occasion précieuse de préciser au Conseil ce qu'il est autorisé à faire dans les limites du cadre posé par l'article 84, ce qui lui aurait assurément été utile à l'avenir.

17. Le second point concerne les questions liées à la régularité de la procédure qui ont été soulevées comme premier moyen d'appel et qui sont évacuées un peu abruptement aux paragraphes 123 et 124 de l'arrêt. Dans ces deux courts paragraphes, la Cour ne fait guère plus que rappeler, sous forme résumée et sans autre analyse, la démarche qu'elle avait adoptée dans l'unique précédent, il y a une quarantaine d'années.

18. Le traitement cavalier que la Cour avait réservé à cette question en 1972, et qu'elle s'abstient (regrettablement) de soumettre aujourd'hui à l'examen plus nuancé qu'imposeraient les conditions actuelles, fait abstraction de l'éventualité où, pour une raison particulière ou un ensemble de raisons, une irrégularité de procédure fondamentale viendrait entacher une décision du Conseil au point que la Cour se trouverait dans l'obligation de déclarer cette décision nulle et non avenue. Il serait aussi parfaitement concevable que, du fait d'une grave irrégularité de procédure, la réponse apportée à une question de droit ne puisse tout simplement être considérée comme juridiquement «correcte». En pareil cas, la Cour devrait répondre à la question de savoir ce qui doit s'entendre comme implicite dans la notion d'«appel», telle que celle-ci est envisagée dans l'article 84, s'agissant de ses fonctions en tant qu'instance d'appel et de l'étendue des remèdes auxquels elle peut recourir à ce titre. Il est évidemment à espérer qu'une telle situation ne se produira jamais au sein d'un organisme spécialisé de haut niveau tel que l'OACI, mais improbable n'est pas impossible, et il serait malheureux qu'une formulation trop large

broad language left behind it any impression that procedural irregularity was a matter of indifference to the Court. It is therefore welcome that the Court has at least reminded the ICAO Council, in paragraph 126 of the Judgment, that the very structure of Article 84 imposes certain obligatory requirements on the Council itself in order to make an effective reality out of the right of appeal laid down in that Article; in some future instance, for example, especially if a substantive decision on the merits by the Council was under challenge, it is very hard to imagine how this Court might properly exercise its functions as an instance of appeal against the decision without the Council having duly set out why it had adopted its decision and what the reasoning behind it was. It is therefore a source of disappointment that the Council, in the face of the provisions of its own directly applicable Rules, adopted the decisions presently under appeal without so much as a hint at its reasoning, and would appear in doing so to have hidden behind the possibility (under a separate set of procedural rules) of adopting the decision by secret ballot. The effect was to elevate a procedural device above the status not only of the applicable substantive rules but also above the international Convention itself from which those rules derived. That is not legally acceptable. Moreover, it can in itself be regarded as a question of the "interpretation or application of the Chicago Convention", and it would have been better had the Court been prepared to say so, for the Council's future guidance.

(Signed) Franklin BERMAN.

donne la moindre impression que la question des irrégularités de procédure laisse la Cour indifférente. On ne peut donc que se féliciter que celle-ci ait au moins rappelé, au paragraphe 126 de l'arrêt, que le cadre même posé par l'article 84 impose certaines conditions obligatoires auxquelles le Conseil est lui aussi tenu de satisfaire pour traduire effectivement dans la pratique le droit d'appel énoncé dans cet article. On voit mal, par exemple, comment la Cour pourra, à l'avenir, notamment si la contestation porte sur une décision de fond, exercer correctement ses fonctions d'instance d'appel à l'égard de cette décision si celle-ci n'a pas été motivée et son raisonnement sous-jacent, expliqué par le Conseil. Il est donc décevant de constater que, au mépris des règles directement applicables qu'il avait lui-même établies, le Conseil a adopté les décisions contestées sans fournir le moindre élément quant au raisonnement suivi, se réfugiant, semble-t-il, derrière la possibilité (prévue par d'autres règles de procédure) de recourir au scrutin secret. Il a, ce faisant, placé un outil procédural au-dessus non seulement des règles de fond applicables, mais également de la convention internationale même dont celles-ci découlent. Cela est juridiquement inacceptable. En outre, ce point peut, en soi, être envisagé comme une question concernant « l'interprétation ou l'application de la convention de Chicago », et il eût été souhaitable que la Cour fût disposée à le dire, afin d'aider le Conseil dans ses décisions futures.

(*Signé*) Franklin BERMAN.
