

OPINION INDIVIDUELLE DE M. DILLARD ¹

[Traduction]

Je souscris pour l'essentiel aux conclusions de la Cour et à ses motifs. Dans mon opinion individuelle, je voudrais d'abord formuler quelques observations générales supplémentaires à l'appui de l'arrêt puis indiquer que la décision confirmant la compétence du Conseil de l'OACI peut aussi se réclamer de principes généraux de droit reconnus par de nombreux systèmes. Sans être en rien nécessaire à l'arrêt de la Cour ² qui se suffit évidemment à lui-même, une allusion à ces principes peut présenter de l'intérêt, d'autant plus que la thèse principale de l'Inde a des conséquences dont la portée dépasse la présente affaire.

I. COMPÉTENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1. Caractère préliminaire de la procédure au niveau du Conseil

La thèse avancée par le Pakistan pour la première fois en plaidoirie et suivant laquelle le caractère préliminaire et procédural de la question de compétence exclut tout appel devant la Cour ne me paraît pas convaincante.

Elle aurait assurément des conséquences assez regrettables pour qu'on doive les éviter à moins d'y être contraint par une interprétation des textes applicables ou une théorie du processus judiciaire qui s'imposeraient sans conteste. De la façon dont je comprends cette thèse, si le Conseil avait décidé qu'il n'était *pas* compétent, toute possibilité, pour le Pakistan, d'exercer le droit d'appel que semble lui reconnaître l'article 84 de la Convention (où figure l'expression « un » désaccord) aurait été à jamais écartée. En revanche, une décision favorable à la compétence eût obligé l'Inde à faire valoir ses moyens sur le fond, l'exercice du droit d'appel étant alors retardé jusqu'à l'épuisement du débat au fond, qu'une exception d'incompétence a précisément pour objet principal d'éviter.

Bien que l'économie générale du Règlement pour la solution des différends paraisse justifier dans une certaine mesure cette conception, je ne pense pas que ce soit là un argument décisif.

La thèse susvisée supposerait en effet qu'une question portant sur le *fond* même de la compétence, c'est-à-dire tenant à la personne ou à la

¹ Pour les renvois aux comptes rendus d'audience (C.R. 72/...), voir table de concordance jointe à *C.I.J. Mémoires, Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI, in fine*.

² Ci-après dénommé l'arrêt.

matière en cause, devrait être mise sur le même plan que des exigences mineures de procédure dont l'objet est d'assurer le déroulement rapide et ordonné du procès. Le premier point intéresse les droits fondamentaux des parties, auxquels on ne peut habituellement renoncer; il en va autrement du second.

Une question concernant le fond même de la compétence (je dis le « fond » parce que le terme « compétence » est parfois employé de façon assez lâche) présente un double aspect. C'est ce qui ressort nettement de la jurisprudence des Etats fédéraux où la compétence est si souvent en litige et réglée à part, en appel, avant tout examen de fond¹. Le caractère fondamental de la question n'est pas reconnu seulement en ce qui concerne les droits du plaideur, lequel ne se borne pas à soutenir que la Cour ou le tribunal ne peut connaître du fond, mais fait valoir aussi qu'on ne peut lui imposer les tracas, les frais, les éventuelles irritations et autres conséquences d'un procès où il devra se défendre au fond. Il est tenu pour tout aussi fondamental lorsque sont en cause des controverses sur la division des pouvoirs entre divers organes de l'administration (au niveau central, local ou régional). Ce dernier élément n'intervient pas dans la présente espèce, mais il montre bien l'importance d'une question juridictionnelle concernant la compétence *ratione personae* ou *ratione materiae*.

Il me paraît donc clair en principe que la distinction prétendument nette, mais discutable, entre les questions de procédure et les questions de fond ne s'applique pas à l'exception d'incompétence, quand il s'agit d'interjeter appel.

Le Règlement pour la solution des différends, comme d'autres règlements de procédure, se prête à des interprétations diverses. Je ne vois aucune raison déterminante de conclure que les articles 5 et 15 s'excluent mutuellement. De plus le Conseil lui-même a paru les appliquer concurremment et n'a jamais considéré qu'il n'y avait pas d'appel en matière de compétence.

Je ne pense pas que l'objet de l'article 86 de la Convention ait été de créer un droit d'appel qui n'aurait pas existé par ailleurs, mais je ne vois rien dans cet article qui contredise la conclusion ci-dessus.

Certes, la thèse sur l'absence de rapport entre ce qui peut faire l'objet de négociations et l'appel formé en vertu de l'article 84 soulève des problèmes assez différents, mais elle ne me paraît pas non plus décisive au point qu'on puisse opposer à l'appel une fin de non-recevoir pour des motifs semblables à ceux qui ont été indiqués. Il est peut-être vrai que les négociations préalables ne portaient pas expressément sur la question de compétence elle-même, question qui ne prête guère à négociations². On peut donc arguer d'une interprétation littérale de l'article 84 pour soutenir que tout appel sur un point de ce genre est prématuré. Cette

¹ Voir par exemple *Bell c. Hood* 327 US 678, 682 (1945).

² Il va presque de soi que, si les négociations préalables avaient essayé de s'étendre à cette question, elles se seraient soldées par un échec (voir C.R. 72/8, p. 12-13).

interprétation n'en présuppose pas moins que les auteurs du texte aient voulu un résultat qui semble mal s'accorder avec les objectifs fondamentaux du droit de solliciter très tôt une décision définitive sur une question aussi importante.

L'absence de toute preuve directe sur ce point et le rapport si lointain qu'il peut avoir avec l'objet et le but de la Convention et de l'Accord de transit m'ont contraint à accepter le raisonnement de l'arrêt.

Les conclusions qui précèdent reposent sur des principes généraux touchant la nature et l'effet des questions de compétence. En l'espèce, elles sont encore renforcées par cette considération que l'on ferait violence à l'article 62, paragraphe 1, du Règlement de la Cour en soutenant le contraire; mais je m'associe aussi à l'arrêt pour estimer que l'on ne doit pas fonder la décision sur cet article.

2. Requête du Pakistan

Il ne me paraît pas nécessaire de traiter longuement de cette question. L'article 36, paragraphe 2, du Statut n'entre pas en ligne de compte.

La compétence pour connaître de l'appel relatif à la requête découle des termes exprès de l'article 84 de la Convention et de l'article II, section 2, de l'Accord de transit, considérés avec l'article 36, paragraphe 1, et l'article 37 du Statut.

Ce dernier article traite ainsi de la compétence: «*Lorsqu'un traité ou une convention en vigueur prévoit le renvoi à ... la Cour permanente de Justice internationale, la Cour internationale de Justice constituera cette juridiction entre les parties au présent Statut*» (les italiques sont de nous).

Le Pakistan a affirmé que, quand le demandeur invoque cette compétence, «il reconnaît clairement par là que la Convention et l'Accord de transit étaient en vigueur entre les Parties au moment où est né le motif de l'action et qu'ils ont continué de l'être» (duplique, par. 37).

Cela revient à dire que l'Inde ne peut pas «dire blanc et noir»: invoquer le maintien en vigueur de la Convention et de l'Accord de transit pour motiver un appel devant la Cour et nier ce maintien en vigueur pour contester la juridiction du Conseil de l'OACI.

On pourrait pousser plus loin la critique de cette position apparemment illogique et souligner par exemple que, si la Cour internationale de Justice se déclare compétente, cela constituera *ipso facto* un démenti infligé à la thèse principale de l'Inde.

C'est cependant vouloir trop prouver et l'illogisme est plus apparent que réel. En effet les *critères* par lesquels on peut s'opposer à la compétence du Conseil de l'OACI et ceux qui justifient un appel sont tout à fait distincts. Les premiers concernent le pouvoir fondamental de connaître de la requête en première instance; les seconds la protection judiciaire d'une partie contre une décision contestée. Si les deux types de critères coïncidaient, les seconds deviendraient totalement inutiles.

On peut, pour illustrer ce propos, recourir à une hypothèse simple, encore qu'assez extrême. Supposons que l'Inde soutienne qu'elle n'a ni ratifié ni adopté la Convention et que celle-ci n'est donc *pas*, entre les Parties, « un traité ou une convention en vigueur »; si le Conseil de l'OACI décidait le contraire, comment l'Inde pourrait-elle faire appel sans invoquer l'article 37 du Statut?

Ce n'est d'ailleurs pas tout. On sait qu'il est illogique d'accuser l'auteur d'une déclaration de se contredire quand les termes qu'il emploie le conduisent *forcément* à une contradiction apparente si l'on ne tient pas compte de la *nature* des arguments. C'est là une question complexe et qu'il n'y a pas intérêt à pousser plus avant dans la présente opinion¹.

De toute façon, il paraît évident que la position de l'Inde est justifiée et que la compétence de la Cour pour connaître de l'appel relatif à la requête est clairement établie.

3. Plainte du Pakistan

S'il est établi que la Cour est compétente à l'égard de l'appel concernant la requête et que le Conseil de l'OACI est compétent pour connaître de celle-ci, la question de savoir s'il peut être fait appel de la plainte est d'une moindre portée pratique; cela est d'autant plus vrai qu'en l'espèce requête et plainte sont presque identiques par leur libellé et leur portée.

La Cour est cependant saisie de la question et il peut être utile pour l'avenir qu'elle la résolve.

Les problèmes théoriques soulevés étaient à mon avis difficiles et il se peut que le Conseil souhaite leur consacrer un plus ample examen. Pour les besoins de l'exposé, je présenterai d'abord les arguments contre la possibilité d'un appel relatif à la plainte puis, brièvement, les arguments contraires pour étayer la position adoptée dans l'arrêt.

a) Arguments contre l'appel

Ces arguments reposent sur les considérations suivantes: a) l'objet

¹ L'affirmation du Pakistan peut être rapprochée de nombreuses propositions soi-disant contradictoires, dont les philosophes et les logiciens ont fait l'analyse, et dont la plus ancienne est celle d'Epiménide, contenant la fameuse déclaration d'un Crétois « que tous les Crétois sont menteurs ». A l'évidence, une telle proposition semble à première vue essentiellement contradictoire, puisque, si elle est vraie, elle se dément elle-même et qu'il en va de même si elle est fautive. (Comparer les propositions générales du même genre comme « toutes les généralisations sont fausses », ou celle du sceptique qui demande: « Que sais-je? » L'analyse classique et peut-être encore la plus claire d'où il ressort que de telles propositions ne sont pas nécessairement contradictoires est celle que font Whitehead et Russell dans l'ouvrage intitulé *Principia Mathematica* (2^e éd. 1950, p. 37-39 et 45-65) où la fameuse « théorie des types logiques » est énoncée pour la première fois. Voir aussi Eaton, *General Logic* (1931), p. 452-462 et Copi, *Symbolic Logic* (1959), p. 162-164.)

L'Inde pouvait, sans incohérence ou contradiction *logique*, se fonder sur la Convention aux fins de l'appel tout en persistant à soutenir que celle-ci n'était pas « en vigueur » pour nier la compétence du Conseil.

différent de la plainte et de la requête; *b*) la structure des dispositions du règlement traitant de chacune d'elles.

Bien entendu, le règlement fait une distinction nette entre les requêtes présentées au titre de l'article 84 de la Convention et de l'article II, section 2, de l'Accord de transit d'une part, et les plaintes présentées en vertu de l'article II, section 1, d'autre part. Cela reste vrai, bien que certaines règles leur soient communes (par exemple les articles 3, par. 1, *a*) et *c*), 4 et 5 du chapitre III du titre I et les dispositions générales du titre III).

Les différences à noter sont les suivantes :

- 1) le Conseil est *tenu* de statuer sur les désaccords qui lui sont soumis par requête; il n'existe aucune obligation semblable dans le cas d'une plainte;
- 2) les décisions rendues par le Conseil à l'égard d'une requête sont *obligatoires*; il n'en va pas de même des « conclusions et recommandations » formulées à la suite d'une plainte (art. 24 et 25 du règlement, qui envisagent une procédure de consultation);
- 3) les « plaintes » ne concernent pas l'interprétation ou l'application des traités mais les *mesures* prises par un Etat, qui peuvent être juridiquement inattaquables, mais n'en sont pas moins tenues pour injustes ou préjudiciables à l'égard de l'Etat plaignant;
- 4) les décisions du Conseil prises à l'égard d'une requête peuvent faire l'objet d'un appel conformément à l'article 84 de la Convention (art. 18 du règlement).

Il semble qu'il n'y ait pas de droit d'appel analogue pour les plaintes présentées en vertu de la section I. (Comme on le verra par la suite, il est *possible* d'ouvrir la voie à un appel en faisant de la plainte un cas de « désaccord ».)

Dans ce contexte, comment l'Inde peut-elle justifier un appel d'une décision du Conseil, si les décisions prises par celui-ci en vertu de la section I ne sont pas susceptibles d'appel?

Il paraît évident, d'après ce qui a été dit plus haut, que les *conclusions et recommandations finales* du Conseil relativement à la plainte ne sont *pas* susceptibles d'appel, d'autant plus que ces conclusions et recommandations ne se fondent pas forcément sur des considérations juridiques énoncées dans un jugement.

Il semble logique de conclure que, si les *conclusions et recommandations finales* sont sans appel, cette absence de pouvoir de réformation s'étend à toute question « préliminaire » précédant ces conclusions (on y reviendra par la suite).

L'Inde s'est efforcée de transformer une décision probablement non susceptible d'appel, rendue en vertu de l'article II, section I, de l'Accord de transit en une décision susceptible d'appel rendue en vertu de la sec-

tion 2 (réplique, par. 39 à 41), en affirmant qu'il y avait eu « désaccord » sur le point de savoir si une « mesure » avait été prise conformément à l'Accord de transit au sens de la section 1. Ce « désaccord » à son tour, a-t-elle affirmé, entraînait l'application de la section 2, ce qui permettait d'interjeter appel en vertu de l'article 84 de la Convention. Cette conception ingénieuse a trouvé une confirmation dans la note du secrétaire général de l'OACI figurant au document C-WP/5433 (réplique, annexe C).

Cet argument soulève deux difficultés.

Premièrement, les motifs considérés par l'Inde comme déterminants à l'échelon du Conseil portaient tous du principe que seule la section 1 était en jeu. Quand l'Inde a contesté la compétence du Conseil, elle n'a pas soulevé la question d'un désaccord, ce qui, sans être nécessairement inconciliable avec son argument principal selon lequel aucune « mesure » ne pouvait être « prise » conformément à un traité inexistant, l'aurait cependant mise en difficulté.

Deuxièmement, et c'est plus grave, en prenant sa *décision*, le Conseil est nettement *parti de l'idée qu'il statuait sur une plainte* présentée en vertu de la section 1 (voir en particulier le mémoire du Gouvernement indien, annexe E, e), Débat, par. 135-139). En fait, lorsqu'il a expliqué son vote favorable à l'Inde, le représentant des Etats-Unis a indiqué comme motif de son attitude que l'action avait été introduite à tort en vertu de la section 1 et qu'elle aurait dû l'être en vertu de la section 2 (*ibid.*). Toutefois il s'agissait là d'une position minoritaire. Il ne fait pas de doute que la décision a été prise en vertu de la section 1.

On peut avancer un argument supplémentaire, fondé sur l'idée que la juridiction d'appel de la Cour est limitée, qui est celui-ci: il est incompatible avec cette idée que la Cour puisse exercer un contrôle par voie d'appel sur une question qui n'a fait l'objet, devant la juridiction inférieure, d'aucun débat ni d'aucune décision¹.

Si l'analyse qui précède est juste, toute l'argumentation concernant la plainte, y compris le vote sur la section 1, peut être écartée comme sortant du domaine de la compétence de la Cour internationale de Justice.

b) *Arguments en faveur de l'appel*

Il n'est guère douteux que, considérés dans l'abstrait, les arguments théoriques indiqués ci-dessus ne manquent pas de poids. Cependant, si l'on considère de plus près les caractères particuliers de la requête et de

¹ Comme l'a dit un commentateur:

« Il paraît plus douteux que de nouvelles questions — c'est-à-dire des questions de droit ou de fait qui n'auraient pas été débattues devant le Conseil de l'OACI — puissent être prises en considération par la juridiction d'appel. A moins que toutes les parties n'y consentent, ces questions paraissent hors de la compétence de cette juridiction. Cela n'est pas dû à une notion formaliste d'*estoppel*, mais au fait que le consentement à la compétence de la juridiction d'appel ne concerne que les points sur lesquels il a été demandé au Conseil de l'OACI de se prononcer. » (Buergethal, *Law Making in the International Civil Aviation Organization* (1969), p. 145-146.)

la plainte dont il s'agit en l'espèce et notamment leur ressemblance frappante, ces arguments perdent de leur force. L'arrêt, me semble-t-il, donne des raisons satisfaisantes pour assimiler, aux fins de l'appel, la plainte à la requête et ce serait pratiquer l'art des redites inutiles que de répéter les motifs sur lesquels il se fonde, et que j'approuve entièrement.

Cependant, je crois devoir ajouter les observations suivantes.

L'argument selon lequel, parce que les conclusions et recommandations finales du Conseil sur une plainte ne sont pas susceptibles d'appel, une contestation préliminaire relative à la compétence pour connaître d'une plainte ne le serait pas non plus me semble d'une valeur douteuse. Il s'agit là de catégories différentes.

Il est peut-être vrai que les conclusions et recommandations de la première catégorie dépendent parfois de considérations d'équité et d'opportunité qui peuvent difficilement motiver un appel judiciaire (observation qui appellerait peut-être quelques précisions), mais à coup sûr une question de compétence, axée sur des considérations relatives à l'essence du pouvoir institutionnel, est le modèle même de la question juridique.

Il n'est pas non plus très logique de dire que si les conclusions et recommandations de la première catégorie ne sont pas « juridiquement » obligatoires, les secondes ne sont pas susceptibles d'appel. Le dépôt d'une plainte déclenche des réactions en chaîne. C'est un processus à deux degrés où l'Etat défendeur doit faire valoir ses moyens et risque éventuellement des sanctions graves. L'objet même d'une exception d'incompétence est d'arrêter ce processus, *in limine*, avec tout ce qu'il peut comporter d'exigences et d'implications vexatoires. L'exception a pour fin de contester *in limine* le pouvoir du Conseil de soumettre la partie intéressée à toute enquête concernant une injustice ou un préjudice, en particulier quand une conclusion ou une recommandation défavorable pourrait entraîner la suspension des droits et privilèges prévus par l'Accord si, au second stade de la procédure, le Conseil considérait que l'Etat incriminé a, sans raison valable, omis de prendre des mesures correctives appropriées.

Il n'est guère nécessaire d'ajouter que les observations d'ordre juridique qui précèdent n'impliquent nullement que le Conseil s'arrogerait une compétence juridictionnelle injustifiée, ou que si l'on déclarait l'appel recevable sur cette question, cela changerait quoi que ce soit à l'impossibilité de faire appel des conclusions et recommandations finales du Conseil. Du moment que celui-ci est compétent, ses procédures si heureusement souples ne subissent aucune atteinte. Sur un plan de politique générale, on peut dire aussi que des considérations de ce genre semblent de nature à inciter un plus grand nombre d'Etats à adhérer à l'Accord de transit, plutôt que le contraire.

4. Question du scrutin

La question d'une irrégularité éventuelle de la procédure de vote perd toute pertinence si, comme il est dit plus haut, la plainte est sans appel.

Elle est également sans intérêt en ce qui concerne la requête puisque, de toute façon, une majorité statutaire était en faveur de la décision attaquée.

Devient-elle pertinente si l'on considère que la plainte, envisagée comme distincte de la requête, pouvait donner lieu à un appel?

Il est possible de soutenir que la façon dont le Conseil agit n'est pas un élément essentiel quand on se préoccupe de savoir s'il peut agir, autrement dit quand le problème est celui de la compétence. Je pense que c'est à cela que tendait l'une des questions posées au conseil (C.R. 72/7, p. 40). Ainsi, si la décision sur la compétence est favorable à la thèse indienne, à savoir qu'*objectivement* il n'y a pas juridiction, alors le problème devient à coup sûr sans pertinence, et il en va de même si, après une évaluation objective, la décision est en faveur du Pakistan.

L'argument est peut-être battu en brèche, jusqu'à un certain point, par l'argument contraire que l'Inde n'a pas tardé à présenter, à savoir que la décision du Conseil portait elle-même sur la compétence (C.R. 72/8, p. 10).

Toutefois, le problème du scrutin ne concerne pas fondamentalement la question de la compétence puisque celle-ci vise surtout la compétence *ratione materiae* du Conseil quant à l'objet du désaccord.

Des considérations d'un caractère différent tendent aussi à renforcer l'idée que la Cour ne devrait pas considérer le problème du scrutin comme présentant une importance vitale.

Quant à la « méthode » suivie pour la consultation, la thèse indienne suivant laquelle la question a été mal posée ne repose pas sur grand-chose¹. Si la « saisine » du Conseil en l'espèce ne doit pas être confondue avec sa compétence pour connaître du différend, il est cependant clair que, comme tout autre organe doté de pouvoirs judiciaires, le Conseil peut légitimement présumer (sauf si la demande est manifestement frivole ou non fondée) qu'il a compétence en première instance pour statuer tant que cette compétence n'est pas contestée. En vertu des principes généraux applicables en matière judiciaire la preuve contraire incombait à l'Inde.

Pour en venir au problème de la « majorité statutaire », le président du Conseil avait demandé « aux Etats qui estiment que le Conseil n'est pas compétent pour connaître de la plainte du Pakistan, de le faire savoir en disant « oui » et à ceux qui rejettent cette thèse de dire « non »... »

Le résultat du scrutin a été 1 voix pour, 13 contre et 3 abstentions (mémoire du Gouvernement indien, annexe E, e), Débat, par. 136). Le président en a donc conclu que le Conseil était compétent. Etant donné ce résultat, il semblerait que même s'il y a eu erreur, celle-ci n'a pas tiré à conséquence, car selon moi la façon dont la question a été mise aux voix en l'occurrence était admissible et un seul membre du Conseil s'est prononcé contre la compétence.

¹ Voir ci-dessous, titre II, I.

Qu'il y ait eu une certaine confusion sur la signification du terme « majorité » ressort nettement de la discussion qui a suivi et le Pakistan s'en est prévalu pour démontrer que tout le problème de la majorité statutaire n'était aucunement résolu (duplique, par. 78; contre-mémoire, par. 59).

La thèse de l'Inde était que si le problème avait été présenté de façon telle qu'il aurait fallu une majorité statutaire pour *déclarer* le Conseil compétent, treize Etats seulement se seraient prononcés en faveur de la proposition, qui n'aurait pas obtenu le nombre de voix nécessaire¹.

Le Pakistan a rétorqué que la majorité indispensable n'était *pas* celle du nombre total de membres du Conseil, mais la majorité des membres du Conseil qui sont en outre parties à l'Accord de transit et possèdent ainsi le droit de voter, et qui ne sont pas écartés du scrutin comme étant parties au différend.

L'article 52 de la Convention stipule que « les décisions du Conseil sont prises à la majorité de ses membres ». Il ne spécifie cependant pas comment on calcule la majorité. L'article 66 *b*) interdit expressément à un membre du Conseil qui n'est pas partie à l'Accord de transit de voter sur les questions relatives aux dispositions de cet Accord. Les parties en cause dans un litige sont également exclues (règlement de 1957, art. 15 et 26, par. 3).

Le secrétaire général de l'OACI a cru pouvoir conclure que, malgré les dispositions de l'article 66 *b*), une majorité statutaire de 14 voix était nécessaire pour *toutes* les décisions du Conseil. Que l'on puisse douter de cette interprétation, c'est ce qu'a indiqué le Pakistan et l'on fera bien d'attendre qu'elle ait été étudiée une nouvelle fois par le Conseil, d'autant plus qu'une telle exigence pourrait, dans des circonstances qui sont parfaitement imaginables, paralyser l'exercice des pouvoirs de décision du Conseil. On notera en passant que le règlement intérieur du Conseil, par opposition au Règlement pour la solution des différends, n'est pas si restrictif et requiert seulement la majorité des suffrages exprimés (règles 42, 49)².

Bien entendu, on peut imaginer une situation dans laquelle une violation flagrante des exigences procédurales entraînerait un mal-jugé. En pareil cas, la régularité de la décision adoptée par une juridiction inférieure pourrait être contestée en appel. Cette contestation, comme on l'a vu, se distingue nettement d'une contestation de la compétence.

Il me semble on ne peut plus clair qu'aucune violation semblable n'a

¹ Le Conseil comprend vingt-sept Etats mais dix-huit seulement pouvaient prendre part au vote sur la plainte, l'Inde étant partie au différend et huit autres Etats représentés au Conseil n'étant pas parties à l'Accord de transit. Dix-sept suffrages seulement ont été exprimés, en raison de l'absence du représentant d'un Etat.

² Un commentateur est favorable à l'idée qu'un différend devrait être tranché à la majorité simple des membres du Conseil habilités à voter en l'espèce dont il s'agit (Buergethal, *op. cit.*, p. 191).

été commise en l'espèce, qu'il s'agisse du vote ou d'autres prétendues irrégularités de procédure.

Les observations qui précèdent n'ont d'autre objet que d'apporter une justification supplémentaire aux conclusions exprimées par la Cour aux paragraphes 44 et 45 de l'arrêt.

II. COMPÉTENCE DU CONSEIL DE L'OACI

1. Remarque préliminaire

Les grands principes suivants me semblent s'appliquer au présent litige :

1) En règle générale, tout organe investi de pouvoirs juridictionnels a le droit *avant toute chose* de déterminer l'étendue de sa compétence. Cela s'applique assurément en l'absence de clause *contraire* et en particulier s'il s'agit d'une institution internationale préétablie. Comme il a été dit dans l'arrêt *Nottebohm (exception préliminaire)*, *C.I.J. Recueil 1953*, page 119 (les italiques sont de nous) :

« Ce principe, que le droit international commun admet en matière d'arbitrage, prend une force particulière quand le juge international n'est plus un tribunal arbitral constitué par l'accord spécial des parties en vue de statuer sur un différend particulier, *mais une institution préétablie par un acte international ...* »

On peut extraire d'innombrables décisions des déclarations venant à l'appui du principe général indiqué ci-dessus. Voir par exemple *Interprétation de l'accord gréco-turc du 1^{er} décembre 1926*, *C.P.J.I. série B n° 16*, page 20 (1928)¹.

2) Etant admis que les principes énoncés dans la section 3 de la cinquième partie de la convention de Vienne consacrent des principes de droit international général qui existaient antérieurement à la convention, il est clair que dans cet instrument l'article 60, paragraphe 1, doit être rapproché de l'article 65, paragraphe 4, qui, conformément au principe général énoncé ci-dessus, dispose :

¹ S'il fallait invoquer les règles générales d'interprétation, je voudrais reprendre à mon compte, sur ce point, la conclusion de M. Read en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* (*C.I.J. Recueil 1952*, p. 143, 144), soulignant que, dans certaines limites, la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice ont « donné des interprétations libérales aux *clauses de juridiction*, de manière à faire sortir tous leurs effets aux intentions des parties intéressées » (les italiques sont de nous).

Je fais mienne également l'opinion de Lauterpacht pour qui la Cour « a appliqué hardiment le principe qu'il faut donner effet aux buts apparents de la clause juridictionnelle » (*The Development of International Law by the International Court of Justice*, 1958, p. 341).

« Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte aux droits ou obligations des parties découlant de toute disposition en vigueur entre elles concernant le règlement des différends. »

Il convient de noter, en outre, qu'aux termes de l'article 60, paragraphe 2, alinéa *b*), une prétendue violation substantielle d'un traité multilatéral par l'une des parties ne donne *pas* à une « partie spécialement atteinte » le privilège de mettre fin au traité, mais lui fournit seulement un motif de « suspension de l'application du traité en totalité ou en partie dans les relations entre elle-même et l'Etat auteur de la violation » (les italiques sont de nous). Le concept de « suspension », qui se rattache clairement à une condition de temps, *présuppose que le traité continue d'exister*.

Même si l'on considérait comme suspendues certaines applications concernant les droits aériens, il ne s'ensuivrait pas logiquement que ces applications suspendues engloberaient la clause compromissive du traité, qui entre, du point de vue conceptuel et fonctionnel, dans une catégorie distincte et peut être appelée à jouer, puisque le traité reste en vigueur.

2. Formulation de la question

Dans sa requête du 3 mars 1971 devant le Conseil de l'OACI, le Pakistan a invoqué le pouvoir du Conseil de décider et déclarer notamment que la décision du Gouvernement indien de suspendre le survol de son territoire par les aéronefs pakistanais « est illégale et nulle et constitue une violation des obligations internationales de l'Inde aux termes de la Convention et de l'Accord de transit ».

Il demandait aussi au Conseil de décider et de déclarer que la décision du Gouvernement indien de suspendre le survol de son territoire par les aéronefs pakistanais est cause d'injustice, de préjudice, de pertes et de dommages pour le Pakistan.

Il cherchait ainsi à faire ordonner que le Gouvernement indien rétablisse les « deux libertés » et indemnise de manière suffisante le Pakistan des pertes et préjudices subis du fait de « la décision arbitraire, unilatérale et illégale prise par le Gouvernement indien en infraction de ses obligations internationales ».

On a déjà vu que la plainte déposée le même jour était rédigée en des termes semblables, sauf l'omission du paragraphe demandant une indemnité (mémoire du Gouvernement indien, annexe A, point 3, *f*), 7), et annexe B, point 3, *f*)). Aux fins de la présente analyse les deux demandes peuvent être considérées ensemble.

Le Conseil n'a pas de pouvoir général de statuer sur les désaccords entre Etats contractants. Il exerce des pouvoirs strictement dérivés et qui dépendent donc des clauses de la Convention et de l'Accord de transit.

L'article 84 de la Convention et l'article II, section 2, de l'Accord de transit (qui fait référence à l'article 84) confèrent le pouvoir de statuer sur « un désaccord entre deux ou plusieurs Etats contractants à *propos de l'interprétation ou de l'application* » de la Convention et de ses annexes.

Dans sa requête introductive d'instance, l'Inde formulait les conclusions suivantes :

- 1) le Conseil n'a pas compétence pour connaître de la requête et de la plainte du Pakistan, la Convention et l'Accord de transit « ayant pris fin ou ayant été suspendus entre les deux Etats » ;
- 2) le Conseil n'a pas compétence pour connaître de la plainte, aucune mesure n'ayant été prise « en vertu » de l'Accord de transit ... puisque celui-ci avait pris fin ou avait été suspendu entre les deux Etats ;
- 3) la question des survols est régie par un régime spécial de 1966 et non pas par la Convention, ni par l'Accord de transit.

De ce qui précède, il résulte que la question principale dont se trouve saisie la Cour internationale de Justice peut être énoncée plus précisément comme suit :

« *La requête et la plainte du Pakistan, considérées à la lumière des exceptions de l'Inde, faisaient-elles apparaître un désaccord entre les deux Parties à propos de l'interprétation ou de l'application de la Convention et de ses annexes?* »

3. Thèse principale de l'Inde

Pour s'opposer à la compétence du Conseil, la thèse principale de l'Inde (présentée avec beaucoup de vigueur, d'ingéniosité et de méthode) était que tout désaccord survenu à propos de l'extinction ou de la suspension d'un traité se situe *complètement en dehors* du traité (théorie de l'*extériorité* par rapport au traité). Dans la mesure où le désaccord se situe *en dehors* du traité, il ne peut pas se rapporter à un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du traité. La théorie de l'*extériorité* par rapport au traité était donc complétée par une autre théorie logiquement distincte et pourtant connexe, celle de « l'inexistence » du traité. C'est ce qui ressort de l'affirmation répétée selon laquelle l'acte « d'interpréter et d'appliquer » suppose qu'il continue d'exister quelque chose à interpréter ou appliquer, affirmation qui reparait d'un bout à l'autre du mémoire, de la réplique et de la plaidoirie ¹.

L'Inde reconnaissait évidemment que le droit international ne sanctionne pas la résolution ou la suspension *arbitraire* d'un traité bilatéral ou multilatéral. Le privilège n'est pas absolu, mais limité par diverses exigences, dont la plus marquante est que la violation qui justifie la résolution ou suspension doit être importante, « substantielle ».

Cependant, rien de tout cela n'est pertinent, affirmait-elle, car la question portait surtout sur la compétence du Conseil de l'OACI pour connaître du désaccord. Cette compétence a pour *source* la Convention et ne peut s'étendre à des matières qui en débordent le cadre.

¹ Requête, par. 1, 27 a) ; mémoire, par. 55, 68, 70, 72, 85 ; réplique, par. 8 ; C.R. 72/6, p. 13.

Voici donc l'enchaînement de l'argumentation indienne :

- 1) *toutes* les questions d'extinction ou de suspension sont *en dehors* du traité;
- 2) la compétence du Conseil de l'OACI se situe *dans le cadre* du traité; en conséquence :
- 3) le Conseil de l'OACI n'est pas compétent pour connaître du désaccord.

Si les prémisses étaient justes, on pouvait en déduire que, *s'agissant de la compétence du Conseil de l'OACI*, tout Etat contractant pouvait, vis-à-vis de tout autre Etat contractant, suspendre arbitrairement le traité et cela par sa seule décision. Cette conclusion, l'Inde non seulement l'admettait de bon cœur, mais encore elle la proclamait (C.R. 72/8, p. 14) ¹.

A mon avis, l'argument suppose implicitement que toutes les questions d'extinction ou de suspension se situent « en dehors » du traité *indépendamment des termes du traité*.

Parce que cette supposition est discutable, les prémisses de l'Inde étaient beaucoup trop générales et, dans le contexte de la présente affaire, elles se présentaient comme une pétition de principe par rapport à la question principale.

Pour être juste, il faut dire que l'Inde s'est efforcée d'éviter la pétition de principe et le cercle vicieux en recourant à une autre supposition. C'est ce qu'a révélé une question que lui a posée un membre de la Cour. Cette autre supposition consistait à dire que des « limites intrinsèques » de la compétence du Conseil empêchent celui-ci d'examiner les considérations de droit international « fondamental » à l'origine de la suspension. Il en résultait que si le droit de l'Inde de suspendre les traités était contesté, seul un tribunal compétent pour connaître de ces questions était habilité à en entreprendre l'examen.

Laissons de côté la validité de la distinction entre les questions de droit international fondamental et non fondamental (qui sera reprise plus loin); l'Inde réaffirmait ses prémisses.

C'est ce qui ressort, en particulier, de la déclaration suivante faite en réponse à une autre question posée par le même membre de la Cour, et qui concernait l'éventuelle application ou pertinence de l'article 89 de la Convention. Après avoir examiné cet article dont l'importance est essentielle, le conseil de l'Inde a déclaré :

« si, en dehors de l'article 89, le Conseil n'a pas compétence pour connaître de cette question de droit international fondamental, comment pourrait-on remédier à l'absence de compétence en invoquant l'article 89? *L'obstacle essentiel à l'exercice de la juridiction*

¹ Pour éviter tout malentendu il convient de souligner que l'Inde n'a jamais prétendu avoir le droit de suspendre arbitrairement les traités. Ce qu'elle affirmait, c'est que seul un tribunal compétent pour statuer pouvait se prononcer sur un tel problème et que le Conseil de l'OACI, quant à lui, n'était pas compétent. Voir les paragraphes 32 et 34 de l'arrêt.

du Conseil subsisterait, à savoir le fait que le fonctionnement des traités a été suspendu et que, par conséquent ni l'article 89 ni aucun autre article n'est plus susceptible d'application ou d'interprétation.» (Les italiques sont de nous.)

Ce recours à la théorie du « traité inexistant » est encore plus manifeste dans le passage suivant, où le conseil déclarait :

« Le nœud de l'affaire, c'est que les traités doivent être en vigueur avant qu'aucune question d'interprétation ou d'application puisse se poser ... si le fonctionnement du traité a été suspendu ou a pris fin, on ne saurait invoquer la compétence du Conseil en faisant valoir qu'il y a eu violation du traité » (C.R. 72/6, p. 13). (Les italiques sont de nous.)

On peut dire que l'Inde, par l'effet combiné de ses théories, contestait, en réalité, l'applicabilité de la Convention tout entière opposée à la simple application d'un article quelconque de celle-ci. Cependant, il n'est pas nécessaire d'insister sur ce point, car en fin de compte le Conseil devra décider, dans le cadre de l'examen du fond, si le désaccord se rapporte à l'interprétation ou à l'application d'un ou de plusieurs articles de la Convention. Ce point est évoqué ci-dessous, 5.

4. Arguments subsidiaires

La tentative de l'Inde pour renforcer sa cause à l'aide de divers arguments subsidiaires n'appelle que de brèves remarques.

1) A propos des limites intrinsèques de la compétence du Conseil, elle a conclu que les nations n'ont pas pu avoir l'intention de conférer à cet organe le pouvoir de statuer sur des questions juridiques complexes, surtout quand le différend peut être lourd de conséquences politiques et quand des considérations militaires interviennent.

Il est assurément vrai que le Conseil a été chargé de fonctions diverses, qui comprennent la médiation, la conciliation et le jugement. On peut penser toutefois que sa composition le rend mal adapté à cette dernière fonction, comme de nombreux commentateurs l'ont souligné¹.

Admettons qu'il en soit ainsi; l'argument n'en reste pas moins incomplet parce qu'il ne tient pas compte de la garantie constituée par le droit d'appel devant un tribunal arbitral ou devant la Cour, c'est-à-dire devant des organes à première vue capables de s'occuper de questions juridiques difficiles.

Il méconnaît en outre la distinction fondamentale entre le *pouvoir* de la communauté internationale d'établir un organe investi d'une compétence juridictionnelle et les considérations de politique générale qui l'incitent à le faire. On ne saurait contester que ce pouvoir ait été exercé avec le consentement de tous les Etats contractants.

¹ Par exemple Goedhuis, « Questions of Public International Air Law », 81 *Recueil des cours*, p. 222-224.

Enfin, il est à noter que les pouvoirs du Conseil s'inscrivent dans un « système » ou régime qui fonctionne et dont une autorité habilitée à contrôler son activité judiciaire constitue un élément nécessaire. Cet aspect, auquel l'arrêt fait allusion (par. 26), est à mon avis important. Il est important, non pas parce que le jugement d'un tiers est toujours préférable à des procédures de règlement plus souples, mais parce qu'il offre une méthode qui permet en définitive de régler des questions juridiquement pertinentes et peut ainsi (en particulier quand le processus se déroule à l'intérieur d'un système en fonctionnement) faciliter au lieu d'empêcher la négociation, la médiation ou la conciliation.

2) C'est évidemment un principe établi que diverses questions de droit international sont inséparables de l'interprétation ou de l'application des traités. La tentative ingénieuse de l'Inde pour dresser une barrière entre les questions juridiques qui seraient légitimement du ressort du Conseil de l'OACI et celles qui lui échappent aurait peut-être été plus convaincante si cette dichotomie reposait sur un fondement plus solide que la distinction nouvelle et non démontrée entre droit international fondamental et non fondamental. Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur cette question.

3) La tentative de l'Inde pour circonscrire étroitement la notion « d'application », bien qu'ingénieuse elle aussi, n'est pas plus convaincante. L'Inde a distingué entre le « fonctionnement » [*operation*] du traité et « l'application » de ses dispositions à « une situation existante ». A titre d'illustration, elle a invoqué les cas d'application qui, à l'entendre, pourraient légitimement se poser en vertu des articles 5, 9 et 11 de la Convention (C.R. 72/1, p. 18-24; 72/5, p. 53) .

En particulier, le moyen qu'elle tire de l'article 9 mérite que l'on fasse une digression. On voit mal comment les questions juridiques relatives à l'application de cet article, mettant en jeu, comme elles le font, des « raisons de nécessité militaire et de sécurité politique », pourraient ne pas être, à en croire l'Inde, suffisamment lourdes de conséquences politiques et militaires pour échapper à la compétence du Conseil. L'Inde elle-même s'est prévalu de la compétence du Conseil dans son différend de 1952 avec le Pakistan et elle a expressément invoqué l'article 9, ainsi que les articles 5 et 6¹.

Certes, les articles de la Convention ne sont pas « appliqués » dans le vide. Ils doivent se rapporter à un différend qui suppose, dans une certaine mesure, une situation existante. Si cette « situation existante » résulte d'une suspension du traité, on comprend mal à quoi peut servir la distinction entre l'« application » et le « fonctionnement », ou pourquoi la première serait automatiquement exclue.

Les décisions judiciaires ne donnent pas au terme « application » un

¹ Le différend a finalement été réglé par des négociations. On en trouvera une analyse intéressante dans *1953 United States and Canadian Aviation Reports*, p. 110 à 133.

sens restreint, comme l'attestent des passages de l'arrêt *Mavrommatis* (C.P.J.I. série A n° 5, p. 48) et de l'avis relatif aux *Traités de paix* (C.I.J. Recueil 1950, p. 74). Je m'abstiens d'alourdir cette opinion avec des citations.

5. Spécification des articles pertinents

J'ai cru opportun d'examiner assez laborieusement le problème parce que la prétention de l'Inde reposait sur des motifs qui relèvent plutôt de la logique que de l'empirisme. Si son point de départ avait été juste, alors (comme dans le domaine du droit interne lorsqu'un contrat est réputé nul) la clause compromissoire (art. 84) n'aurait pu avoir d'effet. Or, il semble évident que son hypothèse ne reposait sur aucune base suffisante.

Il reste donc à déterminer si le désaccord entre l'Inde et le Pakistan a trait à « l'interprétation ou l'application » d'un article quelconque de la Convention ou de l'Accord de transit.

Sur ce point précis on notera que l'arrêt évite soigneusement d'empiéter sur des domaines qui sont du ressort du Conseil. Que l'Inde ait eu raison ou tort de suspendre les Traités, c'est là de toute évidence, une question de fond qui n'intéresse en rien le problème de la compétence. Il suffit donc de signaler divers articles de la Convention et de l'Accord de transit dont le désaccord entre les Parties paraît mettre en cause l'interprétation ou l'application. Je n'ai pas grand-chose à ajouter à l'analyse contenue dans l'arrêt qui fait état de controverses affectant les articles 5, 82, 83, 89 et 95. Le fait que ces articles soient spécifiés ne veut pas forcément dire que d'autres ne puissent être pertinents, par exemple les articles 25 et 37. De plus, si l'on tient compte du préambule de la Convention de Chicago et de son article 44, on peut soutenir que leur interprétation et leur application sont aussi mises en jeu, surtout si l'on songe à l'article 31, paragraphes 1 et 2, de la convention de Vienne. Mais c'est au Conseil de l'OACI à décider de tout cela ¹.

A mon sens le cas de l'article 89 est particulièrement intéressant.

¹ En se plaçant sous l'angle de la philosophie du droit on peut dire, au risque de paraître professoral, que les traités multilatéraux établissant des institutions permanentes contiennent souvent des articles où sont exprimés des idéaux et des aspirations qui, ayant le caractère d'exhortations, ne sont considérés comme juridiquement obligatoires que par ceux qui cherchent à les appliquer à autrui. En revanche on y trouve d'autres articles dont on reconnaît généralement qu'ils imposent des obligations juridiques précises. Le point où les deux types de dispositions se confondent constitue l'un des problèmes juridiques les plus difficiles qui soient, en particulier dans le domaine international, où des critères *objectifs* généralement acceptés pour déterminer le sens des termes par rapport aux espoirs qu'ils ont fait naître sont plus difficiles à découvrir et à appliquer que dans les juridictions nationales. Il n'empêche que l'on ne saurait éluder totalement le problème qui consiste à déterminer, à propos d'un différend concret quels articles sont ou ne sont pas juridiquement obligatoires, à moins de s'en tenir à deux hypothèses jumelles: que le droit est une « omniprésence dans le ciel qui recouvre tout », conception extrême qui ressortit au droit naturel, ou encore que les termes juridiques sont à la fois autonomes et clairs en eux-mêmes, idée rejetée par tous les spécialistes modernes de l'analyse linguistique et de la théorie de la communication. Fort

Comme j'y ai déjà fait allusion, je vais m'efforcer de caractériser la nature du désaccord au sujet de cet article.

Article 89

La position constante de l'Inde était, on l'a vu, qu'en suspendant la Convention et l'Accord de transit à l'égard du Pakistan elle a agi conformément aux privilèges que lui accordait le droit international. Quant à savoir si elle a eu raison ou tort de le faire, c'est une question de fond, a-t-elle affirmé, que seul un tribunal compétent pouvait trancher et qui ne concerne en rien la compétence de l'OACI.

L'article 89 de la Convention a la teneur suivante :

« En cas de guerre, les dispositions de la présente Convention ne portent atteinte à la liberté d'action d'aucun des Etats contractants concernés, qu'ils soient belligérants ou neutres. Le même principe s'applique dans le cas de tout Etat contractant qui proclame l'état de crise nationale et notifie ce fait au Conseil. »

L'Inde a procédé à la suspension par suite des hostilités de 1965. Elle a affirmé que la suspension n'a jamais été levée.

Le Pakistan a soutenu qu'étant partie à la Convention l'Inde était tenue d'en respecter les dispositions. L'article 89 prévoit expressément la circonstance qui a occasionné la suspension et il a donc force obligatoire pour l'Inde, a prétendu le Pakistan. A l'appui de cette manière de voir, il a évoqué le comportement de l'Inde elle-même qui a envoyé notification au Conseil de l'OACI. Il a affirmé qu'en fait l'Inde avait agi en vertu de l'article 89 et que ses actes ultérieurs ont confirmé cette thèse. Il résultait de tout cela que la Convention et l'Accord de transit n'avaient pas été suspendus, bien que l'exercice de certains droits accordés au Pakistan en vertu de l'article 5 et de l'article I, section I, de l'Accord de transit eût été temporairement suspendu. Le Pakistan a affirmé encore que l'Inde a levé l'état de crise.

Sur le plan juridique, le Pakistan a soutenu que l'article 89 laisse aux Etats contractants, en période de crise, toute liberté d'action en ce qui concerne les droits et les obligations, ce qui vaut notamment pour la notification et la levée de l'état de crise. Il donne aux Etats toute la protection nécessaire assurée par le droit international et, en fait, il a complété le droit international en y ajoutant le consentement manifesté par l'adoption de la Convention.

La réponse de l'Inde comportait, en réalité, trois éléments. Sur le plan des faits, elle a contesté à la fois les faits eux-mêmes et les conséquences qu'en a tirées le Pakistan. Sur le plan juridique, elle a soutenu que l'article

heureusement, des considérations de cette nature sont superflues en l'espèce, car il n'est pas besoin d'invoquer les normes les plus vagues de la Convention et de l'Accord de transit pour démontrer que la compétence du Conseil de l'OACI se rattache à des dispositions très précises impliquant tel ou tel ordre d'obligations juridiques que le Conseil aura peut-être à examiner.

89 est sans aucune pertinence pour la question de compétence et ne porte nullement atteinte à la réalité des droits fondamentaux qu'elle tient du droit international. Il en est ainsi, a-t-elle affirmé, parce que l'article 89 est purement déclaratoire du droit international. Il a pour seul but de garantir aux Etats que leurs droits de suspension ne sont pas modifiés par la Convention. Par conséquent il ne confère pas de nouveaux droits ni ne modifie ceux qui existaient déjà. L'Inde établit une analogie entre la portée de l'article et celle de l'article 73 de la convention de Vienne qui, dit-elle, joue le même rôle d'avertissement pareillement inoffensif.

Le troisième argument de l'Inde était que la controverse sur l'article 89 est sans pertinence ou mieux, peut-être, qu'elle est rendue vaine par la suspension de février 1971, époque à laquelle il n'y avait ni guerre ni état de crise nationale.

Il est vrai que la requête du Pakistan au Conseil de l'OACI a été brusquée par l'incident du détournement d'avion et que l'indemnité réclamée à titre de dommages-intérêts semble avoir été limitée aux pertes résultant de cet incident. En revanche, la lettre du Pakistan au président du Conseil de l'OACI invoquait l'article 89, et le Pakistan s'en est prévalu dans le contre-mémoire (par. 29). Le conseil du Pakistan a naturellement plaidé énergiquement son applicabilité, comme le prouvent divers comptes rendus: C.R. 72/4, pages 19-22; C.R. 72/6, pages 10, 11 et 42-50; C.R. 72/7, pages 8-10; C.R. 72/8, page 48 et C.R. 72/9, page 22.

Mais c'est ailleurs que l'on trouve une réponse plus fondamentale au troisième point de l'Inde. De toute évidence, si la suspension de février 1971 est jugée illégale, comme le soutenait le Pakistan, elle ne peut guère alors rendre vaine la controverse sur l'application de l'article 89. Il est tout aussi évident qu'il appartient au Conseil de trancher ce point qui est une des questions de fond.

Il ressort de ce qui précède que ces vues antagonistes démontrent l'existence d'un désaccord à propos de l'interprétation et de l'application de la Convention et de l'Accord de transit, qui suffit à faire jouer l'article 84 et par conséquent à justifier la décision du Conseil de se déclarer compétent. Ce point une fois établi, la Cour s'est acquittée de ses fonctions de juridiction d'appel au stade actuel de la procédure.

III. ANALOGIE AVEC LE DROIT INTERNE

1. Pertinence

Loin de moi l'intention de suggérer que l'arrêt aurait besoin d'être étayé par des motifs ressortissant à l'article 38, alinéas *c*) et *d*) du Statut. A mon avis, la compétence du Conseil de l'OACI est si évidente qu'il peut paraître superflu d'invoquer les « principes généraux de droit » reconnus par les tribunaux internes ou les « décisions judiciaires » rendues par les plus hautes instances nationales.

Au risque de paraître par trop professoral, je présente toutefois l'analyse qui suit, parce que :

- 1) elle me semble contribuer à mieux éclairer les aspects théoriques de l'affaire ;
- 2) le Pakistan et l'Inde ont tous deux fait allusion à l'affaire *Heyman c. Darwins Ltd.* (mémoire, par. 83 et 84 ; contre-mémoire, par. 52 ; réplique, par. 70 et 71 ; duplique, par. 70-72, et C.R. 72/3, p. 23-25) ;
- 3) je suis d'accord avec l'opinion exprimée par le juge Moore en l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine (C.P.J.I. série A n° 2 (1924), p. 57-59)* ainsi que par de nombreux commentateurs qui ont estimé que le recours aux principes généraux peut éclairer des points soumis à la Cour et enrichir sa jurisprudence ;
- 4) enfin, en l'espèce, l'analogie avec la pratique des tribunaux internes n'est pas (comme c'est fréquemment le cas) dépourvue de pertinence ni fallacieuse.

L'analogie est fondée, généralement, quand il s'agit de contrats qui contiennent des dispositions stipulant que les différends à propos de leur interprétation ou application doivent d'abord faire l'objet d'un arbitrage, mais elle l'est plus encore dans le domaine des conflits du travail où des groupes opposés (patronat et syndicat), l'un et l'autre jaloux de ses prérogatives, ne sont guère enclins à reconnaître plus d'autorité au tribunal arbitral qu'il n'est prévu dans les conventions collectives. L'analogie est d'autant plus intéressante que, dans ce domaine, tout comme dans le domaine international, les accords en question visent à mettre en place un « système » permettant de résorber les conflits par le recours à certaines techniques procédurales dans l'intérêt de la paix sociale. Or l'OACI a été créée, en gros, pour faire régner l'harmonie dans le domaine de l'aviation civile grâce à un système ou à un régime approprié. Le chapitre XVIII de la Convention visait à faciliter le fonctionnement de tout ce système.

On a coutume de repousser l'analogie avec le droit interne pour deux motifs interdépendants :

- 1) la nécessité absolue, dans le domaine international, d'établir la preuve stricte du *consentement* à se soumettre à la juridiction d'un tribunal quelconque ; et
- 2) l'absence d'un système général de règlement judiciaire obligatoire en cas d'échec du processus arbitral.

Dans le cas présent, ni l'un ni l'autre de ces motifs n'est convaincant. Les décisions de tribunaux internes montrent aussi que l'obligation des parties de soumettre un différend à l'arbitrage repose sur le consentement.

Le second motif ne s'applique pas non plus en l'espèce, vu que, selon la théorie de l'Inde, la question de savoir si les Parties étaient, ou n'étaient pas, tenues de porter leur désaccord devant la Cour internationale de

Justice ou tout autre tribunal n'a absolument aucun intérêt pour ce qui est de la question juridictionnelle. En d'autres termes, l'existence ou l'inexistence de la juridiction obligatoire est sans rapport avec le sens ou la portée de la clause compromissoire. C'est là précisément la présomption admise en droit interne. L'affaire tourne exactement autour du même problème, celui de l'effet que peut avoir la résiliation du contrat par l'une des parties sur le sens et la portée d'une clause compromissoire concernant les questions d'interprétation ou d'application du contrat.

Il convient d'ajouter que savoir si la résiliation était *justifiée* par une violation qui aurait été commise antérieurement (c'est le motif habituellement allégué) ou pour tout autre motif, relève du fond; par conséquent, il s'agit en réalité de déterminer si le tribunal arbitral a compétence pour connaître du fond — question juridictionnelle au sens étroit, précisément comme dans l'affaire Inde-Pakistan.

En outre, il est maintenant clairement établi, du moins pour les tribunaux de *common law*, que la question de compétence doit de toute façon être résolue, que ce soit la partie qui résilie (comme dans l'affaire *Heyman*) ou, comme il arrive plus souvent, la partie lésée, qui invoque la clause juridictionnelle.

2. Quelques distinctions

Il existe une distinction critique entre les cas où l'on peut démontrer que le contrat est *nul* de plein droit dès l'origine et ceux où l'on établit qu'il est *annulable*¹.

Dans le premier cas, il est clair que si tout le contrat tombe, ses dispositions subsidiaires disparaissent aussi, y compris la clause d'arbitrage. Cela peut être comparé à la thèse de l'Inde excipant en somme de l'inexistence du traité. Mais il faut pouvoir démontrer que la partie qui s'oppose à l'arbitrage n'a jamais acquiescé au contrat en premier lieu ou que son consentement a été vicié par une fraude réelle ou une autre cause de nullité du contrat tout entier. Il est évident que telle n'est pas la situation dans l'affaire Inde-Pakistan, et pourtant la théorie indienne du traité « inexistant » ne pourrait se justifier, semble-t-il, que s'il en était ainsi. L'Inde a librement adhéré à la Convention et à l'Accord de transit.

Lorsque la partie qui résilie conteste la compétence du tribunal arbitral, arguant qu'elle a légitimement résilié le contrat à raison d'une violation substantielle antérieure, le contrat n'en est pas nul pour autant; il peut seulement être annulé. Cette situation est exactement symétrique de celle qui se présente en droit international. Toutes les autorités reconnaissent que le traité n'est pas nul de plein droit, surtout lorsqu'il s'agit

¹ Cette distinction est si bien établie qu'il est à peine nécessaire de citer des sources. On peut cependant lire une analyse intéressante à ce sujet dans l'opinion du juge Frank dans *Kulukindis Shipping Co. S.A. c. Amtorg Trading Corp.* (C.A. 2, 1942) 126 F. 2d 978.

d'une convention multilatérale, même si la résiliation me vise qu'une seule des parties¹. La question se pose alors de savoir quels sont l'effet et la portée de la clause compromissoire. Dans quelle mesure cela dépend-il du libellé même de cette clause?

En premier lieu, il est clair que lorsque le contrat est *nul*, les termes exacts de la clause sont sans pertinence. Lorsqu'il est annulable, ces termes prennent de l'importance surtout lorsque les *dispositions générales* de la clause s'accompagnent d'*exclusions* plus spécifiques, comme c'est le cas, par exemple, dans les conventions collectives où des clauses réservant les « prérogatives de la direction » limitent l'obligation de se soumettre à l'arbitrage. On peut alors avoir à rechercher si la compétence du tribunal arbitral comprend celle de déterminer la *portée* de l'exception. Voir l'affaire *U.S. Steel Workers of America c. Warrior and Gulf Navigation Co.* 363 US 574 (1960) (où la conclusion fut affirmative)².

Le fait essentiel est qu'il est habituel tant sur le plan interne que sur le plan international de rédiger la clause de façon à limiter l'arbitrage à l'« interprétation » ou à l'« application » du contrat ou autre formule analogue. On se souviendra que l'article 84 aussi vise « un » désaccord et ne prévoit aucune exclusion concernant soit une certaine catégorie de désaccords, soit un désaccord particulier.

Le conseil de l'Inde a insisté sur l'affaire *Heyman* parce que lord Simon avait cru devoir souligner dans cette affaire le caractère très général de la clause compromissoire. Mais, à y regarder de plus près, on s'aperçoit que la décision n'a nullement tenu à cela, ce qui est d'ailleurs vrai de presque toutes les affaires où une clause générale n'est pas assortie d'exceptions expresses.

3. Affaires pertinentes

L'affaire *Heyman and Another c. Darwins Ltd.*, 1942, A.C. 356, 1 All Eng. Rep. 337 (H.L.) est sans doute celle qui est le plus souvent mentionnée et citée à ce sujet dans le monde régi par la *common law*. Il n'est peut-être pas sans intérêt de citer deux passages des opinions exprimées par les *Law Lords* (les références renvoient toutes aux All Eng. Reports).

Lord MacMillan, après avoir fait la distinction entre les contrats nuls et les contrats annulables, poursuit en ces termes :

« dans un contrat dont la force obligatoire est reconnue et qui contient une clause générale d'arbitrage, il peut être stipulé qu'au cas où certains événements se produiraient le contrat prendra fin. Si la

¹ On trouve une analyse intéressante dans Sinha, *Unilateral Denunciation of Treaty Because of Prior Violations of Obligations by Other Party*, 1966, en particulier aux pages 35-58. Pour autant que j'en puisse juger, on ne trouve guère d'études, en droit international, consacrées à l'analyse du rapport entre la résiliation et une clause compromissoire figurant dans le traité répudié.

² Notons en passant — encore que cela ne concerne pas la présente analyse — que de nombreux Etats sont officiellement favorables à la procédure arbitrale, contrairement à l'attitude communément adoptée au XIX^e siècle.

question se posait de savoir si le contrat a pris fin pour un de ces motifs, je ne vois pas pourquoi l'arbitre ne pourrait pas la trancher.» (P. 346.)

Le vicomte Simon fait entendre le même son de cloche en approuvant formellement une déclaration du vicomte Finlay dans une affaire antérieure :

« La proposition selon laquelle il suffirait à l'une des parties d'alléguer la résiliation du contrat par l'autre pour interdire à celle-ci d'invoquer la clause d'arbitrage est déraisonnable en soi, et n'est appuyée par aucune autorité.» (P. 341.)

On tire parfois argument, comme l'Inde l'a fait en l'espèce, de ce qu'il n'est pas raisonnable de supposer que des questions critiques de violation substantielle soient confiées à un tribunal qui n'est pas composé exclusivement de juristes. Dans une affaire très souvent citée et qui a fait jurisprudence aux Etats-Unis, affaire relative à un conflit du travail où les employeurs soutenaient que la violation par le syndicat d'une clause « antigreve » constituait une violation substantielle suffisante pour mettre fin au contrat, y compris à la clause d'arbitrage, la Cour a déclaré :

« Si le syndicat a fait grève en contravention du contrat, la société a le droit d'obtenir la réparation qu'elle réclame; en suspendant la procédure dans l'attente de l'arbitrage, nous n'avons pas l'intention de la priver de cette réparation. Nous renvoyons simplement la société devant l'instance à laquelle elle avait accepté de soumettre ses demandes en réparation pour dommages subis du fait de la grève. Cette instance, il est vrai, est peut-être très différente d'une cour de justice, mais nous ne sommes pas convaincus que la réparation qu'elle décidera sera insuffisante.»

En cette affaire, on a d'ailleurs repris et cité le raisonnement suivi dans l'affaire *Heyman*. Si la clause compromissoire était plus générale que les dispositions de l'article 84, elle concernait aussi des « différends ou griefs ... impliquant des questions relatives à l'interprétation ou à l'application de toute clause ou matière envisagée dans ce contrat ... » (affaire *Drake Bakeries Incorporated c. Local 50, American Bakery and Confectionary Workers International, AFL-CIO, et al.* 370 US 254, 266 (1962)).

L'affaire *Heyman* n'est qu'une des nombreuses affaires plaidées devant des juridictions très différentes où les conclusions précitées ont été admises.

Signalons entre autres les affaires suivantes: *Woolf c. Collis Removal Service* (1947) 2 All Eng. Rep. 260; *The Tradesman* (1961) All. Eng. Rep. 661; *Mackinder c. Feldia A.C.* (1966) 3 All Eng. Rep. 847; *Prima Paint Corp. c. Flood & Conklin Mfg. Co.* 388 US 395 (1967).

Pour une analyse approfondie et l'évocation d'autres précédents établis non seulement aux Etats-Unis, mais aussi en Angleterre, au Canada,

en Afrique du Sud, en Australie et en Irlande, voir *Breach or Repudiation of Contract as Affecting Right to Enforce Arbitration Clause Therein* 32 A.L.R. 3d 377-419 ¹.

Une importante affaire plaidée aux Etats-Unis, *Swift Chaplin Products c. Love* 219 Cal. App. 2d 110, 32 Cal. Rep. 758, 5 A.L. 12. 1001, où de nombreux procès en Cour suprême ont été cités, est particulièrement intéressante. En cette espèce, la clause compromissoire était analogue à celle de l'article 84. Le contrat avait été modifié au point de susciter un différend. Sur cette base, le tribunal de première instance avait considéré (comme l'Inde l'a affirmé en l'espèce actuelle) « qu'il n'existe maintenant aucun droit permettant d'exiger l'arbitrage, vu qu'il n'y a jamais eu de contrat, passé ou présent, entre les parties » (p. 1004).

En infirmant cette conclusion, la cour d'appel, après avoir déclaré que la fonction du tribunal est très limitée lorsque les parties sont convenues de soumettre leur différend à l'arbitrage a fait observer :

« Elle se borne à déterminer si la partie qui demande l'arbitrage formule une prétention fondée à première vue sur le contrat. La question de savoir si le demandeur a raison ou tort est un point d'interprétation du contrat réservé à l'arbitre. Dans ces conditions *le demandeur ne doit pas être privé du jugement de l'arbitre, alors que c'est précisément son jugement et tout ce qu'il implique qui font l'objet de l'instance.* » (Les italiques sont de nous.)

* * *

Quand l'Inde a ratifié la Convention, elle a librement admis que toutes les autres parties avaient le droit d'invoquer le chapitre XVIII de la Convention. Elle ne peut pas s'opposer unilatéralement à ce droit sans *démontrer* que son consentement était nul dès l'origine *ou* que le désaccord était de telle nature qu'il se situait tout à fait en dehors de la catégorie des désaccords envisagés par l'article 84. L'Inde n'a pas cherché à prouver la première proposition et son argumentation relative à la seconde a évidemment été contestée par le Pakistan.

IV. CONCLUSION

Pour tous les motifs indiqués, qui complètent et renforcent l'arrêt, il paraît évident que la Cour était compétente pour se prononcer sur

¹ Je regrette que les références données plus haut ne concernent que des juridictions de *common law*. L'analyse de problèmes comparables dans d'autres systèmes juridiques me dépasse, d'autant qu'à mon sens on ne peut les comprendre suffisamment si on les abstrait de tout le « milieu » juridique où ils se situent. Je présume cependant que les principes susvisés sont à tel point fondamentaux qu'ils ne sauraient être orientés par un particularisme quelconque. Touchant la situation en droit français voir Robert, *Arbitrage civil et commercial* (Daloz, 1967).

l'appel de l'Inde et qu'aux termes de la Convention et de l'Accord de transit le Conseil de l'OACI avait compétence pour connaître de la requête et de la plainte du Pakistan.

(Signé) Hardy C. DILLARD.