

## SEPARATE OPINION OF JUDGE JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA

1. While I have voted for the operative part of the Judgment and am in general agreement with the reasoning by which it is justified, I am, however, unable to concur in one of the conclusions reached by the Court: that it is competent to pronounce on appeal on the third decision adopted by the Council of ICAO on 29 July 1971 with regard to the "Complaint" filed by Pakistan under Section I of Article II of the Transit Agreement.

Since a separate vote was not taken on this question, I voted for the operative provisions of the Judgment considering that, in the context of the present case, the non-appealability of the "Complaint" was not the main issue to be decided. I believe, however, that a question of treaty interpretation which may be of importance in the future is involved and therefore feel constrained to append the present separate opinion, explaining those aspects on which I differ from the Court's decision and reasoning. This will also afford me the occasion of setting forth the reasons which decided my vote on the case as a whole.

## I. NON-APPEALABILITY OF THE "COMPLAINT"

2. Article II of the Transit Agreement in two separate and distinct sections establishes one procedure for the adjudication of disagreements and a different one for the disposition of complaints by a contracting State which deems that action by another party is causing injustice or hardship to it. Disagreements relating to the interpretation or application of the Transit Agreement are subject to the same procedure as that which applies to disagreements under Chapter XVIII of the Chicago Convention, thus including a right of appeal to the Court under Article 84 thereof. On the other hand, no direct or indirect reference is made in Section I of Article II of the Transit Agreement to an appeal to the Court. Such an omission signifies that the Court has not been conferred appellate jurisdiction with respect to complaints under Section I of Article II.

3. The lack of appellate jurisdiction of the Court with respect to complaints is understandable, since adjudication on the basis of international law on the legal rights and duties of the parties would be incompatible with the very nature of the complaint proceedings. These are primarily designed to deal with action by another contracting State which, even falling within its legal rights, may cause injustice or hardship to another party. It would not correspond to the logic of the system and

## OPINION INDIVIDUELLE DE M. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA

*[Traduction]*

1. J'ai voté pour le dispositif de l'arrêt et, d'une manière générale, j'en accepte les motifs, mais je ne suis pas en mesure d'approuver l'une des conclusions à laquelle la Cour est parvenue, à savoir qu'elle est compétente pour statuer en appel sur la troisième décision adoptée par le Conseil de l'OACI le 29 juillet 1971, concernant la « plainte » soumise par le Pakistan en vertu de l'article II, section I, de l'Accord de transit.

Cette question n'ayant pas été disjointe, j'ai voté pour le dispositif de l'arrêt, estimant que, dans la présente affaire, l'impossibilité de faire appel de la « plainte » n'était pas le principal problème à trancher. Je pense toutefois qu'il se pose une question d'interprétation des traités qui peut avoir de l'importance pour l'avenir; c'est pourquoi je crois devoir joindre à l'arrêt la présente opinion individuelle pour dire sur quels points je m'écarte de la décision et du raisonnement de la Cour, ce qui me permettra en outre d'indiquer les raisons qui ont déterminé mon vote sur l'ensemble de l'affaire.

### I. ABSENCE DE DROIT D'APPEL POUR LA « PLAINTE »

2. Dans deux sections bien distinctes, l'article II de l'Accord de transit arrête une procédure pour le règlement des désaccords et une autre pour l'examen des plaintes introduites par un Etat contractant qui estime qu'une mesure prise par un autre Etat contractant constitue une injustice à son égard ou porte préjudice à ses intérêts. Les désaccords relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'Accord de transit sont soumis à la procédure prévue au chapitre XVIII de la Convention de Chicago et sont par conséquent également régis par l'article 84 de cette Convention qui prévoit un droit d'appel devant la Cour. En revanche, la section I de l'article II de l'Accord de transit ne mentionne ni directement ni indirectement la possibilité d'un appel à la Cour. Cette omission signifie qu'il n'a pas été conféré compétence à la Cour pour connaître en appel des plaintes envisagées à la section I de l'article II.

3. Le fait que la Cour n'ait aucune juridiction d'appel à l'égard des plaintes se conçoit, car un règlement judiciaire sur la base du droit international relativement aux droits et obligations juridiques des parties serait incompatible avec la nature même de la procédure de plainte. Cette procédure vise essentiellement des mesures prises par un autre Etat contractant et qui, même adoptées par cet Etat dans l'exercice de ses droits, risquent d'être injustes ou préjudiciables à l'égard d'une autre partie. Il

to the powers and functions of the Court “whose function is to decide in accordance with international law” that an appeal should lie against recommendations and findings addressed by the Council of ICAO to the States concerned. Such recommendations and findings do not need to be based exclusively on the legal rights and duties of the parties, but may take into account considerations of equity and expediency.

4. The foregoing interpretation of the basic texts providing for the Court’s jurisdiction is confirmed by the Rules for the Settlement of Differences, adopted by the ICAO Council. The structure of this instrument, adopted after several years of study of the matter and with the help of legal experts is significant. It is divided into three parts: I. Disagreements; II. Complaints and III. General Provisions. The introductory Article I explains that Parts I and III apply to disagreements relating to the interpretation or application of the Chicago Convention and that Parts II and III apply to complaints submitted under Article II, Section 1, of the Transit Agreement.

Article 18 of the Council’s Rules is the only article in the whole Rules which provides for appeals. This Article is included in Part I and therefore does not apply to complaints, while other provisions of Part I are extended to complaints by express reference. Article 18 provides, in its paragraph (2), that “decisions rendered on cases submitted under Article I (1) (a) and (b) are subject to appeal pursuant to Article 84 of the Convention”. Thus Article I indicates by careful omission that decisions with regard to complaints are not subject to appeal under Article 84. This instrument must be viewed as a carefully considered interpretation by the ICAO Council of the Convention and Transit Agreement concerning the question of appeals, which should not be lightly disregarded.

5. The Council’s Rules for the Settlement of Differences require the party bringing a matter to the Council’s attention to file an “application” under Article 2 when it asks for a *decision* of the Council on a legal disagreement under Article 84 of the Chicago Convention or Section 2 of Article II of the Transit Agreement, and to file a “complaint” under Article 21 when it asks for a *recommendation* of the Council under Section 1 of Article II of the Transit Agreement. This was done by Pakistan which filed both an “Application” mentioning specifically Article 2 of the Rules (thus invoking Article 84 of the Chicago Convention and Section 2 of Article II of the Transit Agreement) and a “Complaint” mentioning specifically Article 21 of the Rules (thus invoking Section 1 of Article II of the Transit Agreement).

Both according to the Rules and to the interpretation given by the requesting State, the criterion of the distinction between “applications” and “complaints” is whether a party is seeking a *decision* of the Council

ne serait pas conforme à la logique du système ni aux pouvoirs et fonctions de la Cour « dont la mission est de régler conformément au droit international » les différends qui lui sont soumis, que des recommandations et conclusions adressées par le Conseil de l'OACI aux Etats intéressés soient susceptibles d'appel. Ces recommandations et conclusions n'ont pas à être exclusivement fondées sur les droits et obligations juridiques des parties mais peuvent tenir compte de considérations d'équité et d'opportunité.

4. L'interprétation qui vient d'être donnée des textes fondamentaux prévoyant la compétence de la Cour est confirmée par le Règlement du Conseil pour la solution des différends, adopté par le Conseil de l'OACI. La structure de cet instrument, dont la mise au point avec l'aide de juristes a pris plusieurs années d'études, est très révélatrice. Il comporte trois titres: I. Désaccord; II. Plaintes et III. Dispositions générales. A l'article premier, qui est l'article introductif, il est expliqué que les titres I et III s'appliquent aux désaccords relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention de Chicago et que les titres II et III s'appliquent aux plaintes soumises en vertu de l'article II, section 1, de l'Accord de transit.

L'article 18 est la seule disposition du Règlement du Conseil qui prévoit un appel. Il figure au titre I et n'est, par conséquent, pas applicable aux plaintes, alors que les autres dispositions du titre I leur sont expressément étendues. L'article 18 précise, au paragraphe 2, que « les décisions rendues sur les affaires soumises en vertu des clauses a) et b) de l'alinéa 1 de l'article 1 peuvent faire l'objet d'un appel conformément à l'article 84 de la Convention ». Ainsi l'article premier indique, grâce à une omission délibérée, que les décisions relatives aux plaintes ne peuvent pas faire l'objet d'un appel conformément à l'article 84. Cet instrument doit être considéré comme une interprétation mûrement réfléchie, par le Conseil de l'OACI, de la Convention et de l'Accord de transit en ce qui concerne la question des appels, interprétation qui ne saurait être traitée à la légère.

5. Le Règlement du Conseil pour la solution des différends oblige la partie qui saisit le Conseil d'une affaire à présenter une « requête » au titre de l'article 2 lorsqu'elle demande une *décision* sur un désaccord juridique en vertu de l'article 84 de la Convention de Chicago ou de l'article II, section 2, de l'Accord de transit, et à soumettre une « plainte » au titre de l'article 21 lorsqu'elle demande une *recommandation* en vertu de l'article II, section 1, de l'Accord de transit. C'est ce qu'a fait le Pakistan qui a présenté à la fois une « requête » visant expressément l'article 2 du Règlement (il s'est prévalu ainsi de l'article 84 de la Convention de Chicago et de la section 2 de l'article II de l'Accord de transit) et une « plainte » visant expressément l'article 21 du Règlement (et donc fondée sur la section 1 de l'article II de l'Accord de transit).

Par conséquent il semble que, conformément aussi bien au Règlement qu'à l'interprétation donnée par l'Etat requérant, le critère de la distinction entre « requêtes » et « plaintes » soit celui-ci: une partie cherche-t-elle

on a legal disagreement under Section 2 of Article II of the Transit Agreement, or a *recommendation* under Section 1 of Article II of the same instrument.

6. According to the Court's Judgment, however, it would appear that the question whether a right of appeal lies does not depend on this objective criterion—the legal provisions invoked by the requesting State and the powers to be exercised by the Council—but on the substance of the grievances put forward by the contracting party. A decision subject to appeal would exist if a State complains of a violation of its legal rights by another party, even if that State has filed a “complaint” invoking Section 1 of Article II; action under Section 1, not subject to appeal, would only exist if the grievance “is not of illegal action, not of alleged breaches of the Treaty, but of action lawful, yet prejudicial”.

This is supported by the consideration that “in so far as a ‘complaint’ exceeds the bounds of the type of allegation contemplated by Section 1, and relates not to lawful action causing hardship or injustice, but to illegal action involving breaches of the Treaties, it becomes assimilable to the case of an ‘application’ for the purposes of its appealability to the Court” (para. 21).

7. I can find nothing in the language of Article II, Section 1, which compels or even suggests these bounds or limitations. There is nothing in Section 1 that precludes a contracting party suffering injustice or hardship because of unlawful action from bringing a “complaint”. Past practice in the application of the Transit Agreement and the opinion of commentators lead to the conclusion that “the facts justifying the submission of a complaint could include questions relating to the interpretation or application of the Agreements<sup>1</sup>”, and that furthermore “an injustice or hardship may be caused by action on the part of a contracting State which is in violation of the Agreements, but it is not limited thereto<sup>2</sup>”. In such a case, the injured party may have a choice between filing a complaint or instituting an application, or it may set in motion both procedures, filing both an application and a complaint on the same or similar grounds. There may be powerful reasons for so doing: a contracting State may wish to obtain a recommendation solving a pressing problem in an expeditious way and also to get a binding decision which, after a longer procedure, will afford compensation for past damages.

8. In this case, Pakistan resorted to both procedures and while in the “Application” it asked for a decision awarding compensation and indemnity for the losses and injury suffered by the suspension of overflights, a request for monetary compensation does not appear in the “Complaint”, where only recommendations and findings of corrective action for the future are sought. This, in my view, is sufficient to give

---

<sup>1</sup> Buergenthal, *Law Making in the Civil Aviation Organization*, 1969, p. 159.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 160.

à obtenir une *décision* du Conseil sur un désaccord juridique en vertu de l'article II, section 2, de l'Accord de transit, ou une *recommandation* en vertu de l'article II, section 1, du même instrument?

6. Cependant, selon l'arrêt de la Cour, il semblerait que la question de savoir s'il existe un droit d'appel ne dépende pas de ce critère objectif mais du caractère des griefs dont fait état la partie contractante. Il y aurait une décision susceptible d'appel quand un Etat allègue la violation de ses droits par une autre partie, même si cet Etat a déposé une « plainte » en invoquant l'article II, section 1 ; le seul cas où une action fondée sur la section 1 ne pourrait donner lieu à appel serait celui où il ne serait pas fait grief « d'un acte illicite ni d'une prétendue violation des traités, mais d'une mesure qui, tout en étant licite, entraîne un préjudice ».

On invoque à l'appui la considération que « dans la mesure où les allégations sur lesquelles se fonde une plainte sortent du cadre fixé par la section 1 et se rapportent, non pas à une mesure licite entraînant une injustice ou un préjudice, mais à une mesure illicite impliquant violation des Traités, cette plainte peut être assimilée à une requête pour ce qui concerne l'existence d'un droit d'appel devant la Cour » (par. 21).

7. Je ne trouve rien dans les termes de l'article II, section 1, qui impose, ni même suggère cette distinction. Rien, dans cette section, n'interdit à une partie contractante victime d'une injustice ou d'un préjudice causé par des mesures illicites de déposer une « plainte ». L'expérience pratique de l'application de ce paragraphe de l'Accord de transit et l'opinion des commentateurs se rejoignent pour établir que « les faits justifiant le dépôt d'une plainte peuvent comprendre des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des accords »<sup>1</sup>; et de même « une injustice ou un préjudice peuvent résulter de mesures prises par un Etat contractant en violation des accords, mais ne se produisent pas uniquement dans ce cas »<sup>2</sup>. Dans une telle hypothèse, la partie lésée peut choisir entre le dépôt d'une plainte et l'introduction d'une requête, ou bien elle peut cumuler les deux procédures et déposer à la fois une requête et une plainte, en invoquant les mêmes motifs ou des motifs analogues. Il peut y avoir des raisons impérieuses d'agir de la sorte: un Etat contractant peut souhaiter obtenir une recommandation qui apporte à un problème urgent une solution rapide et en outre faire prononcer une décision obligatoire qui, à la suite d'une procédure plus longue, l'indemniserait d'un préjudice passé.

8. En l'espèce, le Pakistan a cumulé les deux procédures; tandis que dans la « requête » il sollicitait une décision accordant une réparation et des dommages-intérêts pour les pertes et préjudices subis à cause de la suspension des survols, aucune demande semblable de dédommagement monétaire ne figure dans la « plainte », qui tend seulement à obtenir des conclusions et recommandations sur des mesures correctives pour l'ave-

<sup>1</sup> Buergethal, *Law Making in the Civil Aviation Organization*, 1969, p. 159.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 160.

a separate identity to each instrument and exclude the possibility of their assimilation, since they may follow different roads in the future, even if the language, the charges of breaches of treaties and the other heads of redress coincide.

9. The fact that a party may have chosen to submit as a complaint all or part of the same grievances which had been submitted as an application cannot alter the legal situation.

If a party asks on the same grounds for both a decision of the Council and a recommendation, it is simultaneously following two different paths, but it cannot by this procedure accumulate or combine the reliefs and the legal protection to which it is entitled under each procedure. If the requesting party obtains a decision, that decision, while binding, is subject to appeal. If it obtains a recommendation, this does not involve a binding obligation nor allow an appeal to the Court or to an arbitral tribunal.

This must apply equally to the requesting and the respondent State. To admit that the decision of the Council regarding this "Complaint" is now subject to appeal by the Respondent, carries the necessary implication that any future pronouncement on the merits of this same "Complaint" may come back to the Court by way of appeal at the initiative of the unsuccessful Party.

10. The argument invoked in support of the conclusion reached in the Judgment is the paradox that would exist if the Court finds the Council not competent to deal with certain breaches alleged in an "application" but the same Council could nevertheless pronounce on these same issues when entertaining a non-appealable "complaint".

If account is taken of the powers to be exercised by the Council under Section I of Article II of the Transit Agreement and the form which its action under this provision must take, I am unable to find any paradox in this situation. By that negative decision of the Court on an appeal concerning an "application", the Council would naturally be prevented from arriving at a binding decision on the breaches complained of in such "application". But why should such a hypothetical decision of the Court prevent the Council from making recommendations when dealing with a "complaint", not on the breaches as such, but on the corrective action to be taken with respect to the resulting injustices and hardships?

If the Council is empowered to make recommendations, even if the respondent State has acted entirely within its legal rights, as everybody admits, it should *a fortiori* be allowed to make similar recommendations when the question of alleged breaches of treaties has been determined by the Court to be outside the Council's jurisdiction under Article 84.

11. In paragraph 24 of the Judgment the Court holds that the decision

nir. Cela, me semble-t-il, suffit à conférer une identité distincte à chacun de ces deux actes et à exclure la possibilité de les assimiler, car ils peuvent suivre des voies différentes à l'avenir, même si les termes employés, les violations des traités alléguées et les autres chefs de demande coïncident.

9. Le fait qu'une partie puisse avoir choisi de présenter sous la forme d'une plainte, en tout ou en partie, des réclamations qu'elle a déjà présentées sous la forme d'une requête ne saurait modifier la situation juridique.

Si une partie sollicite, pour des motifs identiques, à la fois une décision du Conseil et une recommandation, elle suit simultanément deux chemins distincts, mais elle ne saurait, par ce procédé, cumuler ou combiner les recours et les protections juridiques auxquels elle peut prétendre dans le cadre de chacune des deux procédures. Si la partie requérante obtient une décision, cette décision, en même temps qu'obligatoire, est susceptible d'appel. Si la même partie obtient une recommandation, il n'en résulte ni lien obligatoire, ni faculté d'interjeter appel devant la Cour ou un tribunal arbitral.

Cela doit être vrai pour l'Etat requérant comme pour l'Etat défendeur. Si l'on admet que le défendeur peut maintenant faire appel de la décision du Conseil relative à la « plainte », cela implique nécessairement que toute décision future sur le fond de la même « plainte » pourra revenir en appel devant la Cour à l'initiative de la partie perdante.

10. L'argument principal invoqué à l'appui de la conclusion à laquelle en vient l'arrêt, c'est celui du « paradoxe » auquel on arriverait si la Cour déclarait le Conseil incompétent pour connaître de certaines violations invoquées dans une « requête », alors que le même Conseil pourrait néanmoins se prononcer sur les mêmes questions en examinant une « plainte » pour laquelle l'appel serait exclu.

Si l'on tient compte des pouvoirs que doit exercer le Conseil en vertu de l'article II, section I, de l'Accord de transit et de la forme que doit revêtir son action aux termes de cette disposition, je ne découvre aucun paradoxe dans une telle situation. La décision négative de la Cour sur un appel relatif à une « requête » empêcherait naturellement le Conseil d'arriver à une décision obligatoire sur les violations des Traités dénoncées dans cette « requête ». Mais pourquoi cette décision hypothétique de la Cour empêcherait-elle le Conseil quand il a à connaître d'une plainte, de faire des recommandations, non sur les violations comme telles mais sur les mesures correctives à prendre à l'égard des injustices et préjudices qui en résultent?

Si le Conseil a le pouvoir de faire des recommandations même au cas où l'Etat défendeur a agi entièrement dans l'exercice de ses droits, ce que nul ne conteste, il doit à plus forte raison jouir de la faculté de faire des recommandations semblables quand la Cour a décidé que la question des prétendues violations des Traités échappe à la compétence du Conseil en vertu de l'article 84.

11. Au paragraphe 24 de l'arrêt la Cour conclut que « dans la mesure



assuming jurisdiction in respect of Pakistan's Complaint is appealable "in so far as it covers the same ground as the Application". In my view the jurisdictional decisions regarding the Complaint and the Application do not cover the same ground because the scope of jurisdiction of the ICAO Council under Section 1 of Article II is much broader than that attributed under Section 2, to the point that it may be said that there are no legal standards to apply in order to review a decision of the ICAO Council incorporating a "complaint" in its agenda.

Under Article 84 of the Chicago Convention and Section 2 of Article II of the Transit Agreement, the jurisdictional clause is precise and capable of judicial review, as the Judgment itself shows. But the terms in Section 1 of Article II providing for the Council's jurisdiction to receive and consider "complaints" are drafted in such a way that it is obvious it was never intended to subject such a decision to judicial review. According to those terms, any contracting party is entitled to submit a request to the Council whenever, in its subjective appreciation, it *deems* that action by another State causes injustice or hardship to it. The provision goes on to state that "the Council shall *thereupon* inquire into the matter". These words require the Council to place the request automatically in its agenda and therefore set no legal limits or restraints on the scope of the Council's jurisdiction to receive and consider a "complaint".

## II. COMPETENCE OF THE APPEAL WITH REGARD TO THE APPLICATION

12. I fully agree with the conclusion reached in the Judgment that the Court is competent to entertain the appeal against decisions Nos. 1 and 2 of the Council of ICAO, concerning Pakistan's Application.

Article 84 of the Chicago Convention provides that an appeal shall lie "from the decision of the Council" on "*any* disagreement between two or more contracting States relating to the interpretation or application of this Convention . . ." (emphasis added).

Each one of the two above-mentioned decisions of the ICAO Council constituted the decision on a disagreement between India and Pakistan relating to the interpretation or application of Article 84 of the Convention. India contended that the ICAO Council had no jurisdiction, on the ground that "suspension" and "termination" are not covered by the words "interpretation" or "application" and that a bilateral special régime, and not the Convention, was in force between the Parties; Pakistan opposed both contentions.

13. On the particular disagreement as to whether the Council of ICAO had power to act and should exercise it, there were attempts at negotiation without avail.

When the Council of ICAO adopted its decisions on 29 July 1971 it

où « plainte » et « requête » coïncident », la décision par laquelle le Conseil s'est déclaré compétent pour connaître de la plainte du Pakistan est susceptible d'appel. Pour moi les décisions de caractère juridictionnel concernant la plainte et la requête ne coïncident pas, étant donné que la compétence du Conseil de l'OACI en vertu de la section 1 de l'article II est beaucoup plus étendue qu'en vertu de la section 2, au point que l'on peut dire qu'il n'existe pas de critères juridiques applicables pour contrôler la décision du Conseil de l'OACI d'inscrire une « plainte » à son ordre du jour.

Dans l'article 84 de la Convention de Chicago et à l'article II, section 2, de l'Accord de transit, la clause juridictionnelle est précise et susceptible de contrôle judiciaire, comme l'arrêt lui-même le démontre. Par contre, l'article II, section 1, donnant au Conseil compétence pour accueillir et examiner « des plaintes » est rédigé de telle sorte que, de toute évidence, l'intention n'a jamais été de soumettre ce genre de décision à un contrôle judiciaire. Ce texte donne à toute partie contractante la faculté de saisir le Conseil d'une demande chaque fois que, selon son appréciation subjective, elle *estime* qu'une mesure prise par un autre Etat constitue une injustice à son égard ou porte préjudice à ses intérêts. La disposition poursuit en ces termes: « le Conseil, à la suite d'une pareille demande, étudiera la question ». Ce libellé donne au Conseil le pouvoir d'inscrire automatiquement la demande à son ordre du jour et n'impose donc ni limite ni restriction d'ordre juridique à l'étendue de la compétence du Conseil pour accueillir et examiner une « plainte ».

## II. RECEVABILITÉ DE L'APPEL RELATIF À LA REQUÊTE

12. J'approuve tout à fait la conclusion de l'arrêt selon laquelle la Cour a compétence pour connaître de l'appel contre les décisions n<sup>os</sup> 1 et 2 du Conseil de l'OACI relatives à la requête du Pakistan.

L'article 84 de la Convention de Chicago prévoit un droit d'appel « de la décision du Conseil » au sujet d'« un désaccord entre deux ou plusieurs Etats contractants à propos de l'interprétation ou de l'application de la présente Convention... » (les italiques sont de nous).

Chacune des deux décisions susmentionnées du Conseil de l'OACI constitue une décision concernant un désaccord entre l'Inde et le Pakistan à propos de l'interprétation ou de l'application de l'article 84 de la Convention. L'Inde a soutenu que le Conseil de l'OACI n'avait pas compétence pour le motif que les termes « interprétation » ou « application » ne visent pas la « suspension » et l'« extinction » et que c'était un régime bilatéral spécial, et non la Convention, qui était en vigueur entre les Parties; le Pakistan a contesté ces deux thèses.

13. Dans le présent désaccord sur le point de savoir si le Conseil de l'OACI avait la faculté d'agir et devait l'exercer, des négociations ont été engagées en vain.

Avant de prendre ses décisions du 29 juillet 1971, le Conseil avait eu

had cognizance of letters exchanged between the parties and communications made to the Council from which it transpired that the jurisdictional issue had become an obstacle to the negotiations on the merits which the parties had been asked to undertake by the Council's resolution of 8 April 1971. According to that information, while India was prepared to hold "bilateral talks with Pakistan", it added that such talks should take place "without third-party interference", alluding to the Council of ICAO (Memorial of India, Annex E, (b), Verbatim Record of the Third Meeting, 27 July 1971, Discussion, paras. 69 to 78).

In view of that refusal to negotiate on the jurisdictional issue, or to negotiate on the merits until the jurisdictional question was eliminated, the Council of ICAO was perfectly justified in making its implicit determination that the particular disagreement concerning the Council's jurisdiction could not be settled by negotiations between the parties.

14. The dispute as to the jurisdiction of the ICAO Council was brought to the Council's attention by India when it filed its preliminary objections; this document constituted, within the meaning of Article 84 of the Chicago Convention, the application of the State concerned. In the context of the Convention, and particularly of its Article 85, only the parties to the disagreement may exercise the right of appeal: the appellant in this case was a party to the dispute. In consequence, all conditions required by Article 84 were met and in the circumstances it would be unjustified to refuse the appeal as incompetent, as contended by Pakistan in the oral proceedings, advancing a restrictive interpretation of the Rules of the Council for the Settlement of Differences.

15. The question of the competence of the appeal must be determined on the exclusive basis of the treaty provisions establishing the Court's jurisdiction, examined in the light of the basic principles of international law on jurisdictional matters, indicated in paragraph 18 of the Judgment.

The Rules for the Settlement of Differences adopted by the Council of ICAO cannot have the effect of ousting the Court's jurisdiction, if it exists on the basis of the relevant treaty provisions. A regulation adopted by the organ of first instance cannot add to or detract from the appellate jurisdiction possessed by the Court under provisions which have been agreed to by the contracting States, on whose consent that jurisdiction is grounded.

16. In any case, it was not the object of these Rules to affect or diminish the Court's jurisdiction, but only to regulate the procedures within the ICAO Council itself.

The restrictive inferences which were drawn by counsel for Pakistan in the oral proceedings do not, moreover, appear to be justified.

A reading of these Rules conveys the opposite impression. Inspired as they are by the Rules of Procedure of the Court, they intend, and in fact succeed, in setting out, as independent and separate decisions, those pronouncements which the Council must adopt on the question of its own jurisdiction. This independence assigned to jurisdictional decisions

connaissance des lettres échangées entre les Parties ainsi que des communications qui lui avaient été transmises et d'où il ressortait que la question juridictionnelle faisait obstacle aux négociations sur le fond que les Parties avaient été invitées à engager par la résolution du Conseil du 8 avril 1971. Selon ces éléments d'information, si l'Inde était disposée à avoir des « entretiens bilatéraux » avec le Pakistan, elle tenait aussi à ce qu'ils se déroulent « sans intervention de tiers », c'est-à-dire en dehors du Conseil de l'OACI (mémoire du Gouvernement indien, annexe E, b), procès-verbal de la 3<sup>e</sup> séance, 27 juillet 1971, Débat, par. 69 à 78).

L'Inde s'étant donc refusée à négocier sur la question de la compétence ou à négocier sur le fond tant que la question juridictionnelle se poserait, le Conseil de l'OACI était parfaitement fondé à en déduire implicitement que le désaccord sur sa compétence ne pouvait être réglé par voie de négociation entre les parties.

14. Le différend concernant la compétence du Conseil de l'OACI a été porté à l'attention du Conseil par l'Inde quand elle a soulevé ses exceptions préliminaires: le document pertinent constitue la requête de l'Etat impliqué dans ce désaccord au sens de l'article 84 de la Convention de Chicago. D'après la Convention et notamment son article 85, seules les parties à un désaccord peuvent exercer le droit d'appel: en l'espèce, l'appelant était partie au différend. Toutes les conditions requises par l'article 84 étaient par conséquent satisfaites et, dans ces conditions, la Cour ne serait pas fondée à rejeter l'appel comme irrecevable ainsi que le Pakistan l'a demandé en plaidoirie, excipant d'une interprétation restrictive du Règlement du Conseil pour la solution des différends.

15. La question de la compétence pour connaître de l'appel doit être tranchée exclusivement sur la base des dispositions conventionnelles établissant la compétence de la Cour, compte tenu des principes fondamentaux du droit international en matière de compétence qui sont visés au paragraphe 18 de l'arrêt.

Le Règlement pour la solution des différends adopté par le Conseil de l'OACI ne saurait avoir pour effet d'exclure la compétence de la Cour, si celle-ci est établie sur la base des dispositions conventionnelles applicables. Un règlement adopté par l'organe de première instance ne saurait ni élargir ni restreindre la juridiction d'appel que la Cour tient des dispositions acceptées par les Etats contractants, dont le consentement constitue le fondement de cette compétence.

16. Au reste, l'objet du règlement dont il s'agit n'était pas de diminuer la compétence de la Cour ou d'y porter atteinte mais seulement de déterminer la procédure à suivre au sein du Conseil de l'OACI lui-même.

Les conclusions restrictives formulées par le conseil du Pakistan pendant la procédure orale ne paraissent pas non plus justifiées.

La lecture du règlement donne une impression contraire. Inspiré par le Règlement de la Cour, il vise les prononcés du Conseil sur sa propre compétence et réussit en fait à les présenter comme des décisions indépendantes et distinctes. Ce sort indépendant réservé aux décisions sur la compétence ne peut s'expliquer que comme une reconnaissance des

cannot be explained otherwise than as a recognition of the basic principles of international law and of good administration of justice, which require both a preliminary and a conclusive determination of the existence of jurisdiction before the adjudicating organ may embark upon the merits of a case. This can only be accomplished if, as declared in the Court's Judgment, an independent appeal is allowed on the decision concerning jurisdiction, so that this question is conclusively settled "before any further steps are taken under these Rules" (Art. 5, para. 4, of the Rules).

17. As to Articles 36 and 37 of the Statute of the Court, it would be difficult to conceive that the Court might find that the Chicago Convention and the Transit Agreement, ratified or adhered to by 120 and 79 States respectively, including both Parties in the case, are not treaties or conventions "in force".

This is so even in the relations between the Parties in this case. What has been claimed by India before the Court is that it has suspended those treaties vis-à-vis Pakistan. The suspension of a multilateral treaty between two of its parties, while it affects temporarily the operation of the treaty as between them, does not affect the maintenance in force of the treaty, among all the parties and even in the relations of these two parties *inter se*. This is confirmed by various provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties concerning "suspension of operation" of treaties, such as Articles 72 and 45. The latter provision, in particular, in its final part, distinguishes between invalidity and termination, on the one hand, affecting the "maintenance in force" of a treaty, and suspension, on the other hand, only affecting the "maintenance in operation" of a treaty.

### III. JURISDICTION OF THE ICAO COUNCIL

18. Two alternative grounds of objection have been raised by India against the jurisdiction of the ICAO Council:

- (1) The allegation that Pakistan by its conduct with respect to an act of hijacking of an Indian aircraft diverted to Lahore has committed a material breach of the Chicago Convention and the Transit Agreement and therefore India is entitled to consider those treaties as suspended. In India's contention, questions arising from the "termination" or "suspension" of the treaties do not come within the purview of the jurisdictional clause in Article 84 of the Chicago Convention, which refers to disagreements relating to the "interpretation or application" of the treaty.
- (2) The allegation that since 1966 the Chicago Convention and the Transit Agreement have been superseded in the relations between India and Pakistan by a special régime of a bilateral character, not comprising landing rights and allowing overflights only on a provisional basis, on the condition of reciprocity and subject to the permission of the State to be overflown. This special régime would exclude the

principes fondamentaux du droit international et d'une bonne administration de la justice, qui exigent que la compétence soit établie de manière à la fois préliminaire et concluante avant que l'organe judiciaire puisse aborder le fond. On ne peut y parvenir que s'il est permis de faire appel séparément de la décision concernant la compétence, comme l'indique l'arrêt de la Cour, afin que la question soit réglée définitivement « avant toute autre mesure à prendre en vertu du ... Règlement » (Règlement pour la solution des différends, art. 5, par. 4).

17. Pour ce qui est des articles 36 et 37 du Statut de la Cour, il serait difficilement concevable que la Cour puisse constater que la Convention de Chicago et l'Accord de transit, qui ont recueilli les ratifications ou les adhésions de 120 et 79 Etats respectivement, y compris les deux Parties en l'espèce, ne sont pas des traités ou conventions « en vigueur ».

Cela est vrai aussi en ce qui concerne les relations entre les Parties elles-mêmes. La thèse présentée à la Cour par l'Inde est qu'elle a suspendu ces traités à l'égard du Pakistan. Si la suspension d'un traité multilatéral entre deux des Etats contractants influe temporairement sur l'application du traité entre elles, elle n'empêche pas le maintien en vigueur du traité entre toutes les parties, et même entre les deux Etats en question. Cela est confirmé par plusieurs dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités relatives à la « suspension de l'application » des traités, comme les articles 72 et 45. Ce dernier article en particulier fait une distinction, dans sa section finale, entre, d'une part, la nullité d'un traité ou le fait d'y mettre fin, qui touche à son « maintien en vigueur », et, d'autre part, la suspension qui ne concerne que le « maintien en application » du traité.

### III. COMPÉTENCE DU CONSEIL DE L'OACI

18. Pour contester la compétence du Conseil de l'OACI, l'Inde a invoqué soit l'un soit l'autre des motifs suivants d'exception :

- 1) L'Inde allègue que le Pakistan, par son comportement à l'occasion du détournement d'un avion indien sur Lahore, a commis une violation substantielle de la Convention de Chicago et de l'Accord de transit, et qu'elle est donc en droit de considérer ces traités comme suspendus. D'après la thèse de l'Inde, les questions relatives à l'« extinction » ou à la « suspension » des traités ne relèvent pas de la clause juridictionnelle de l'article 84 de la Convention de Chicago qui se réfère aux désaccords survenus à propos de « l'interprétation » ou de « l'application » du traité.
- 2) L'Inde allègue que, depuis 1966, la Convention de Chicago et l'Accord de transit ont été remplacés, dans les relations entre l'Inde et le Pakistan, par un régime spécial de caractère bilatéral, qui ne comporte pas de droit d'atterrissage et ne permet le survol qu'à titre provisoire, sous condition de réciprocité et avec l'autorisation de l'Etat dont le territoire doit être survolé. Ce régime spécial exclurait la compétence

jurisdiction of the Council of ICAO on a different ground than that indicated in (1) above; because that jurisdiction only comprises disagreements relating to the interpretation or application of the Chicago Convention and the Transit Agreement, and not disagreements arising from bilateral arrangements.

*1. The Allegation of Material Breach*

19. The first ground of objection advanced by India, and the position taken by Pakistan, make it necessary to examine the relationship existing between the alleged breach of a treaty and its possible effects with regard to a jurisdictional clause such as that appearing in Article 84.

When a breach of a treaty is alleged to have occurred, several options are available to the party which claims to have been injured by such breach. One of them is to make a claim demanding resumption of performance and asking for reparation for the damage resulting from the breach. Thus Pakistan submitted an application to the Council of ICAO requesting that India should be directed to perform its obligations under the Chicago Convention and the Transit Agreement and to pay compensation for the damage which had resulted from such breach.

20. The jurisprudence of the present Court and that of its predecessor have established that, if a jurisdictional clause comprises all or any disagreements relating to the interpretation or application (or the execution) of a treaty, the organ provided for in that clause would possess jurisdiction to examine the questions concerning the performance or non-performance of the obligations resulting from the treaty as well as the claim for reparation resulting from the alleged breach.

21. The first proposition was established in the Advisory Opinion on *Interpretation of Peace Treaties* where the Court found that disputes which "relate to the question of the performance or non-performance of the obligations provided in" a treaty, "are clearly disputes concerning the interpretation or execution" of the treaties in question (*I.C.J. Reports 1950*, p. 75)<sup>1</sup>.

The second proposition, namely that the jurisdiction of an organ empowered to consider any dispute relating to the interpretation or application of the provisions of a treaty also extends to claims for reparation for failure of performance of those provisions, was established by the Permanent Court which held that "differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application" (*Chorzów Factory (Jurisdiction) case, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21).

---

<sup>1</sup> In that case the jurisdictional clause referred to the "execution" and not to the "application" of the treaty. But this difference is here immaterial since "'application' is a wider, more elastic and less rigid term than 'execution'" (*P.C.I.J., Series A, No. 5*, p. 48).

du Conseil de l'OACI pour un motif différent de celui qui est indiqué au paragraphe 1 ci-dessus, à savoir que la compétence s'étend seulement aux désaccords relatifs à l'interprétation ou à l'application de la Convention de Chicago et de l'Accord de transit et non aux désaccords survenus à propos d'arrangements bilatéraux.

*1. L'allégation de violation substantielle*

19. Le premier motif d'exception avancé par l'Inde et la position adoptée par le Pakistan obligent à examiner les rapports entre la prétendue violation d'un traité et les effets qu'elle peut produire à l'égard d'une clause juridictionnelle, comme celle qui figure à l'article 84 de la Convention.

Lorsque la violation d'un traité est alléguée, plusieurs options s'ouvrent à la partie qui se prétend lésée par cette violation. L'une d'elles consiste à demander la reprise de l'exécution et à réclamer la réparation du préjudice résultant de la violation. C'est ainsi que le Pakistan a saisi le Conseil de l'OACI d'une requête, lui demandant d'ordonner à l'Inde d'exécuter les obligations qui lui incombent en vertu de la Convention de Chicago et de l'Accord de transit et de payer une indemnité pour les dommages résultant de l'inexécution.

20. La jurisprudence de la Cour actuelle et de sa devancière a établi que, si une clause juridictionnelle vise tout désaccord survenu à propos de l'interprétation ou de l'application (ou de l'exécution) d'un traité, l'organe prévu dans la clause est compétent pour examiner les questions relatives à l'exécution ou à l'inexécution des obligations résultant du traité, ainsi que la demande en réparation fondée sur la prétendue violation.

21. La première proposition a été établie dans l'avis consultatif sur *l'Interprétation des traités de paix*, où la Cour a jugé que les différends « relatifs à l'exécution ou à la non-exécution des obligations prévues » dans un traité « sont nettement de ceux qui portent sur l'interprétation ou sur l'exécution » des traités dont il s'agit (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 75) <sup>1</sup>.

La deuxième proposition, à savoir que la compétence d'un organe habilité à connaître d'un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des dispositions d'un traité s'étend aussi aux demandes en réparation fondées sur le défaut d'exécution de ces dispositions a été établie par la Cour permanente, qui a jugé que « les divergences relatives à des réparations, éventuellement dues pour manquement à l'application d'une convention, sont, partant, des divergences relatives à l'application » (affaire relative à *l'Usine de Chorzów, compétence, C.P.J.I. série A n° 9*, p. 21).

<sup>1</sup> En l'espèce, la clause juridictionnelle se réfère à « l'exécution » et non à « l'application » du traité. Cette différence est ici sans intérêt car « application » est un terme plus large, plus souple, moins rigide qu'« exécution » (*C.P.J.I. série A n° 5*, p. 48).



22. In the case of a material breach of a treaty, the State claiming to be injured by the alleged violation, instead of asking for resumption of performance and damages (as Pakistan has done) may invoke the right to consider the treaty or some of its provisions as suspended or terminated. This is what India stated before the Court that it had done in the present case.

When one party had already resorted to the organ provided for in the treaty, it would seem difficult to accept, as a matter of principle, that the jurisdiction thus invoked might be ousted by the other party's allegation of a breach and claim that it constituted a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part. That would signify that a party might be able, by its unilateral action, to put an end to the exercise of jurisdiction by an organ whose functions are provided for on the basis of the consent of all parties. Such a thesis would also signify that the organ in question would lose its power to act precisely with regard to the most serious cases of non-performance: when it is alleged that a material breach of the treaty has been committed.

23. A more detailed analysis of the matter confirms the initial appreciation of principle made above. The determination that a breach of a treaty has occurred and that it is of such significance as to entitle one of the parties to invoke it as a ground for terminating the treaty or suspending its operation, presupposes and requires an interpretation of the treaty in question. It is necessary first of all to determine whether the conduct of the party is actually incompatible with or contrary to the terms of the treaty or is excluded by necessary intentment thereof. It is then indispensable to determine whether there has been a material breach, since only such a type of breach would justify termination or suspension. In Article 60 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which the Court has found in this respect to codify existing customary law (*I.C.J. Reports 1971*, p. 47) a material breach is defined as the violation of a provision essential to the accomplishment of the object and purpose of the treaty. The determination of the existence of a material breach necessarily requires the interpretation of the provisions of the treaty, including its preamble.

24. The need for such an interpretation of the treaty in question is even more necessary when, as it occurs in the present case, the allegedly defaulting State denies either the fact of the violation, or its responsibility for it, or the material character of the breach. In such an event, differences arise between the parties which must be regarded as disagreements relating to the interpretation or application of the treaties, since they cannot be solved without reference to the instruments themselves.

25. In the present case, the Chicago Convention contains several provisions which are relevant to a legal appreciation of some of the contested facts which lie at the root of the disagreement and which have a direct bearing on the problems concerning safety of international civil aviation arising from hijacking incidents.

22. Lorsqu'il y a eu violation substantielle d'un traité, l'Etat qui se prétend lésé par la violation peut, au lieu de demander la reprise d'exécution et une indemnisation (comme l'a fait le Pakistan), invoquer le droit de considérer le traité ou certaines de ses dispositions comme suspendus ou caducs. C'est ce que, devant la Cour, l'Inde a affirmé avoir fait en la présente affaire.

Quand l'une des parties a eu recours à l'organe prévu par le traité, il semble difficile d'admettre en principe que l'autre partie puisse exclure la juridiction ainsi invoquée, en soutenant qu'une violation a été commise et que cette violation constitue un motif de mettre fin au traité ou de suspendre totalement ou partiellement son application. Cela reviendrait à dire qu'une partie a la faculté, par son action unilatérale, d'enlever à un organe dont les fonctions sont établies sur la base du consentement de toutes les parties la possibilité d'exercer sa compétence. Cette thèse aurait aussi pour conséquence que l'organe en question perdrait son pouvoir d'agir précisément dans les cas d'inexécution les plus graves, quand on affirme qu'une violation substantielle du traité a été commise.

23. Une analyse plus détaillée du problème confirme la considération de principe énoncée ci-dessus. La conclusion qu'il y a bien eu violation du traité et que cette violation est assez grave pour autoriser une des Parties à l'invoquer comme un motif de mettre fin au traité ou d'en suspendre l'application présuppose et exige l'interprétation du traité en question. Il faut tout d'abord établir si le comportement d'une des Parties est vraiment incompatible avec les termes du traité ou contraire à ces termes, ou s'il est exclu nécessairement par ce traité. Il est indispensable ensuite d'établir s'il y a eu violation substantielle, puisque seule cette catégorie de violation peut justifier la cessation ou la suspension. A l'article 60 de la convention de Vienne qui, d'après la Cour, codifie à cet égard le droit coutumier existant (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 47), une violation substantielle est définie comme étant la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité. Or pour établir l'existence d'une violation substantielle, il faut nécessairement interpréter les dispositions du traité, y compris son préambule.

24. La nécessité d'examiner ainsi l'interprétation du traité en question est encore plus pressante quand, comme en l'espèce, l'Etat prétendument en faute conteste soit le fait qu'il y ait eu violation, soit la responsabilité qu'il pourrait encourir de ce chef, soit le caractère substantiel de la violation. En ce cas, il s'élève entre les parties des divergences qui doivent être considérées comme des désaccords survenus à propos de l'interprétation ou de l'application des traités, puisqu'on ne peut les régler sans se référer à ces instruments mêmes.

25. En l'espèce, la Convention de Chicago contient plusieurs dispositions permettant une appréciation juridique de certains faits contestés qui sont à l'origine du désaccord et qui ont une incidence directe sur les problèmes posés par les détournements d'avions en matière de sécurité de l'aviation civile internationale.

The Institute of International Law, when it examined in its Zagreb session, on 3 September 1971, the rules of international law which apply *de lege lata* to acts of "Unlawful diversion of Aircraft" concluded that:

- “1. Under the general rules of international air law, as expressed especially in the Chicago Convention of 7 December 1944, States are required to ensure the safety, regularity and efficiency of international air navigation and to collaborate with each other to this end.
2. Under the general rules of international law which find particular expression in Articles 25 and 37 of the Chicago Convention of 1944, States are required to render assistance to aircraft in distress in their territory and to permit, subject to control by their own authorities, the owners of the aircraft or authority of the States in which the aircraft is registered to provide such measures of assistance as may be necessitated by the circumstances.”

These provisions correspond to the object and purpose of the treaty, as defined in its preamble: to set up “certain principles and arrangements in order that international civil aviation may be developed in a safe and orderly manner”.

26. In fulfilment of this purpose, the international organization created by the Chicago Convention, ICAO, was assigned certain aims and objectives (Art. 44 of the Convention), *inter alia*, to “insure the safe and orderly growth of international civil aviation throughout the world”, “avoid discrimination between contracting States” and “promote safety of flight in international air navigation”. In execution of these aims and objectives this specialized agency of the United Nations has shown its concern for acts of violence against international civil air transport, sponsoring the Tokyo and Hague Conventions designed to cope with this problem. The General Assembly of the United Nations has recognized this special concern, urging full support for these efforts (resolutions 2551 (XXIV), para. 3 and 2645 (XXV), para. 8).

27. The issues in dispute between the Parties require the interpretation of various of the above-mentioned provisions and a careful consideration of the basic purposes and objectives of the organization created by the Chicago Convention. Among those objectives, not only safety of international air navigation may be of relevance but also that objective which requires this specialized agency to organize and co-ordinate, in an orderly manner and on a multilateral and world-wide basis, civil international air navigation.

Thus, the various allegations and counter-allegations of the Parties on this aspect of the case not only constitute disagreements which relate to the interpretation and application of the Chicago Convention and

Quand l'Institut de droit international a examiné, à sa session de Zagreb, le 3 septembre 1971, les règles du droit international qui s'appliquent *de lege lata* aux actes de « détournement illicite des aéronefs », il a conclu comme suit :

- « 1. Suivant les principes généraux du droit international aérien, tels qu'ils sont exprimés notamment dans la Convention de Chicago du 7 décembre 1944, les Etats doivent assurer la sécurité, la régularité et l'efficacité de la navigation aérienne et collaborer entre eux à cette fin ;
2. Suivant les principes généraux du droit international qui sont notamment exprimés par les articles 25 et 37 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944, les Etats doivent fournir assistance aux aéronefs en détresse sur leur territoire et, sous réserve de l'exercice d'un droit de contrôle par leurs propres autorités, permettre aux propriétaires de l'aéronef ou aux autorités de l'Etat dans lequel l'aéronef est immatriculé de fournir les mesures d'assistance que les circonstances pourraient rendre nécessaires. »

Toutes ces dispositions correspondent à l'objet et au but du traité tel qu'il est défini dans son préambule et qui est d'établir « certains principes et arrangements, afin que l'aviation civile internationale puisse se développer d'une manière sûre et ordonnée ».

26. A cette fin, on a assigné à l'OACI, organisation internationale créée par la Convention de Chicago, certains buts et objectifs (art. 44 de la Convention), entre autres ceux « d'assurer le développement ordonné et sûr de l'aviation civile internationale dans le monde entier », « d'éviter la discrimination entre Etats contractants » et « de promouvoir la sécurité de vol dans la navigation aérienne internationale ». Dans la poursuite de ces fins et objectifs, cette institution spécialisée des Nations Unies a montré qu'elle s'inquiétait des actes de violence commis contre les transports aériens civils internationaux en faisant adopter sous son égide les conventions de Tokyo et de La Haye destinées à faire face à ce problème. L'Assemblée générale des Nations Unies a reconnu cette préoccupation spéciale, en demandant instamment que l'on apporte un plein appui à de tels efforts (résolution 2551 (XXIV), par. 3 et résolution 2645 (XXV), par. 8).

27. Les points en litige entre les Parties appellent l'interprétation de plusieurs des dispositions susmentionnées, ainsi qu'un examen attentif des buts et objectifs fondamentaux de l'organisation créée par la Convention de Chicago. Parmi ces objectifs, celui de la sécurité de la navigation aérienne internationale n'est pas le seul qui puisse être pertinent, car il y en a un autre, qui fait un devoir à l'institution spécialisée d'organiser et de coordonner, de façon ordonnée et à l'échelle mondiale, la navigation aérienne civile internationale.

Ainsi, les diverses allégations et contre-allégations des Parties sur cet aspect de l'affaire non seulement constituent des désaccords relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention de Chicago et de

the Transit Agreement, but at the same time they concern the basic objectives and aims of ICAO and some of its most important functions.

## 2. *The Special Régime*

28. The second ground of objection raised by India against the jurisdiction of the ICAO Council is its contention that since 1965 overflights of Indian and Pakistani aircraft had been governed by a "special régime" which had repalced in the relations of the Parties *inter se* the Chicago Convention and the Transit Agreement.

In support of this contention two notifications issued by India were invoked; the first, dated 6 September 1965, directed that no Pakistani aircraft should be flown over any portion of India; the second, dated 10 February 1966, after the Tashkent Declaration, amended this directive by adding "except with the permission of the Central Government and in accordance with the terms and conditions of such permission".

India asserts that there is a complete inconsistency between the Chicago Convention and the Transit Agreement, on the one hand, and the 1966 notification on the other, since the essence of the multilateral treaties consists in the unseverable rights to overfly and make non-traffic landings in another State's territory without that State's prior permission.

29. Pakistan, for its part, asserts that the suspension of overflights in 1965 was based on Article 89 of the Chicago Convention which establishes that in case of war the provisions of the Convention shall not affect the freedom of action of the parties, subject to a notification of the emergency to the ICAO Council, which notification, it states, was given by India on 9 September 1965. By the Tashkent Declaration, the Parties agreed "to take measures to implement the existing agreements" and in a further exchange of letters, on 3 and 7 February 1966, agreement was expressed "to an immediate resumption of overflights across each other's territory on the same basis as that prior to 1 August 1965", these terms indicating, in Pakistan's view, that far from envisaging the setting up of a new or special régime, the Parties referred to the resumption and implementation of the "existing agreements".

30. The preceding confrontation of views of the Parties reveals disagreements between them on the following questions, among others:

- (1) Whether the Tashkent Declaration and subsequent exchanges resulted in the effective application of the Chicago Convention and the Transit Agreement, as contended by Pakistan, or merely signified that measures would be taken thereafter to implement the existing agreements, as contended by India.
- (2) Whether the action taken by India in 1965 and the subsequent practice of the Parties had resulted in the establishment of a special régime in lieu of the Chicago Convention and the Transit Agreement, as contended by India, or was merely an application of the Convention to special circumstances, in exercise of the freedom of action re-

l'Accord de transit, mais en même temps concernent les buts et objectifs fondamentaux de l'OACI et certaines de ses fonctions les plus importantes.

## 2. *Le régime spécial*

28. Le deuxième motif d'exception soulevé par l'Inde contre la compétence du Conseil de l'OACI consiste à affirmer que, depuis 1965, le survol par les avions indiens et les avions pakistanais est gouverné par un régime spécial qui a remplacé la Convention de Chicago et l'Accord de transit dans les relations entre les Parties.

A l'appui de cette thèse deux notifications émanant de l'Inde ont été invoquées; la première, du 6 septembre 1965, disposait qu'aucun aéronef pakistanais ne devait survoler aucune partie de l'Inde; la deuxième, du 10 février 1966, c'est-à-dire postérieure à la déclaration de Tachkent, amendait cette directive par l'adjonction des termes « sauf avec l'autorisation du Gouvernement central et conformément aux conditions mises à cette autorisation ».

L'Inde affirme qu'il y a incompatibilité totale entre la Convention de Chicago et l'Accord de transit d'une part et la notification de 1966 d'autre part, étant donné que les droits inséparables de survoler le territoire d'un autre Etat et d'y atterrir à des fins non commerciales sans l'autorisation préalable de cet Etat sont l'essentiel des traités multilatéraux.

29. Le Pakistan soutient pour sa part que la suspension des survols en 1965 était fondée sur l'article 89 de la Convention de Chicago, qui stipule qu'en cas de guerre les dispositions de la Convention ne portent pas atteinte à la liberté d'action des parties, à condition que l'existence de l'état de crise soit notifiée au Conseil; or une telle notification, dit-il, a été faite par l'Inde le 9 septembre 1965. Par la déclaration de Tachkent, les Parties se sont engagées « à prendre des mesures en vue de mettre en œuvre les accords existant entre l'Inde et le Pakistan » et, dans un nouvel échange de lettres en date des 3 et 7 février 1966, un accord s'est réalisé sur « une reprise immédiate des survols des deux territoires sur la même base qu'avant le 1<sup>er</sup> août 1965 », d'où il résulte, selon le Pakistan, que loin d'envisager d'établir un régime nouveau ou spécial, les Parties se référaient à la reprise et à l'application des « accords existants ».

30. Cette confrontation des thèses des Parties révèle qu'il existe entre elles des désaccords notamment sur les questions suivantes:

- 1) La question de savoir si la déclaration de Tachkent et les échanges ultérieurs ont entraîné l'application effective de la Convention de Chicago et de l'Accord de transit, comme le soutient le Pakistan, ou ont simplement prévu que des mesures seraient prises ultérieurement pour mettre en œuvre les accords existants, comme le soutient l'Inde.
- 2) La question de savoir si les mesures prises par l'Inde en 1965 et la pratique ultérieure des Parties ont eu pour effet d'établir un régime spécial remplaçant la Convention de Chicago et l'Accord de transit, comme le soutient l'Inde, ou constituaient simplement une application de la Convention à des circonstances spéciales dans l'exercice de la

cognized by its Article 89 or in accordance with safeguards contained in other provisions of the Convention, as contended by Pakistan.

31. It suffices to contrast these views of the Parties to reach the conclusion that, whatever their respective merits, these opposing contentions constitute disagreements relating to the application and the interpretation of the Chicago Convention and the Transit Agreement, thus attracting the provisions of Chapter XVIII of the Convention and establishing the jurisdiction of the ICAO Council to examine and pronounce in first instance upon them.

One of the Parties asserts and the other denies the existence of the special régime, the latter invoking various provisions of the Convention as an explanation of the practice followed and also claiming that a divergent bilateral régime would not be permissible under Articles 82 and 83 of the Convention itself.

Whether there is in fact a special agreement divergent from the treaties or a practice pursuant to them, and whether the former could legally exist as between States parties to the Chicago Convention are both questions which cannot but relate to the interpretation and application of the Chicago Convention and the Transit Agreement. In other words: there may be a special régime, as contended by India, but the determination of its very existence and its legality requires the prior interpretation and application of the Chicago Convention and the Transit Agreement.

32. A more detailed examination of the issues debated by the Parties before the ICAO Council and the Court confirms the foregoing conclusion. The Judgment indicates, in paragraphs 41 and 42, the conflicting interpretations of Article 89 advanced by the Parties before the Court.

Even more conclusive as to the need for an interpretation of Article 89 in order to pronounce on the basic issues of this case was, in my view, another statement made by counsel for India before the Council of ICAO.

He advanced there the following interpretation of Article 89: "Freedom of action is permitted under Article 89 not just for the duration of the war—the text does not say 'during the war'—but even after the war is terminated, if the essential security of the State requires some freedom of action" (Memorial of India, Annex E, (a), Verbatim Record of the Second Meeting, 27 July 1971, Discussion, para. 59).

It is legitimate for the Court to take into account this statement, which raises fundamental questions of interpretation of that provision, because the Court must pronounce on appeal on whether the Council of ICAO, on the basis of the record of the discussion which had taken place before it, was right in assuming jurisdiction over this disagreement.

liberté d'action reconnue par l'article 89 ou en vertu des garanties prévues par d'autres dispositions de la Convention, comme le soutient le Pakistan.

31. Il suffit de comparer les thèses des Parties pour arriver à la conclusion que, quelle que soit leur valeur respective, ces assertions contraires constituent des désaccords relatifs à l'interprétation et à l'application de la Convention de Chicago et de l'Accord de transit, ce qui fait entrer en jeu les dispositions du chapitre XVIII de la Convention de Chicago et établit la compétence du Conseil de l'OACI pour les examiner et statuer en première instance à leur sujet.

L'une des Parties affirme l'existence du régime spécial et l'autre la nie, en invoquant diverses dispositions de la Convention pour expliquer l'attitude des Parties et en soutenant en outre qu'un régime bilatéral s'écartant de la Convention ne serait pas admissible aux termes des articles 82 et 83 de la Convention elle-même.

Quant à savoir s'il y a en fait un accord spécial s'écartant des traités ou une pratique conforme à ceux-ci, et si un tel accord peut valablement exister entre des Etats parties à la Convention de Chicago, ce sont là des questions qui se rapportent nécessairement à l'interprétation et à l'application de la Convention de Chicago et de l'Accord de transit. En d'autres termes, il existe peut-être un régime spécial comme l'affirme l'Inde, mais pour constater son existence même et sa validité juridique il faut d'abord interpréter et appliquer la Convention de Chicago et l'Accord de transit.

32. Une analyse plus détaillée des points dont les Parties ont débattu devant le Conseil de l'OACI et la Cour confirme la conclusion qui précède. L'arrêt signale, aux paragraphes 41 et 42, les interprétations contradictoires de l'article 89 défendues devant la Cour par les Parties.

Plus décisive encore quant à la nécessité d'interpréter l'article 89 pour statuer sur les questions fondamentales qui se posent en l'espèce est, à mon avis, une autre déclaration que le conseil de l'Inde a faite devant le Conseil de l'OACI.

Le conseil de l'Inde a proposé alors l'interprétation suivante de l'article 89: « L'article 89 accorde la liberté d'action non pas simplement pendant la durée de la guerre — le texte ne dit pas « pendant la guerre » — mais même une fois que la guerre est terminée, si l'Etat a besoin d'une certaine liberté d'action pour assurer sa sécurité essentielle » (mémoire du Gouvernement indien, annexe E, a), procès-verbal de la 2<sup>e</sup> séance, Débat, 27 juillet 1971, par. 59).

La Cour est fondée à tenir compte de cette déclaration, qui pose des questions fondamentales pour l'interprétation de cette disposition, puisqu'il lui incombe de décider en appel si, *sur la base du compte rendu des débats qui ont eu lieu au Conseil de l'OACI*, celui-ci a eu raison de se dire compétent pour connaître de ce désaccord.



### 3. *The Prior Permissions*

33. In its Reply, India indicated certain examples designed to demonstrate that the requirement of prior permission was consistently followed in practice, so as to prove that in fact the multilateral treaties had been superseded by the "special régime". During the oral proceedings before the Court, new documents were deposited as additional evidence in support of the same contention.

These allegations and documents might have been held to constitute facts presented *ex novo*, since they had not been introduced or argued before the organ of first instance.

One of the limitations resulting from the circumstance that the Court is exercising an appellate jurisdiction is that it must examine the decision of the ICAO Council as a court of appeal would do. It is therefore unable to take new facts and subsequent developments into account and must appreciate the decisions of the ICAO Council in the light of the facts and arguments of law as they existed at the end of July 1971 and were then submitted to the Council's attention.

34. However, the conflicting contentions of the Parties on the permissions sought or granted for overflights and landings, both for scheduled and non-scheduled air services, do not really concern the facts of the case. The Parties are not at odds about the facts themselves, on which both introduced additional evidence, but about the legal characterization and significance of these requests or grants for permission to overfly or to land.

India, while emphasizing the need for prior permission in every case, made a distinction between permissions granted for a period of time, six months for instance, and special or *ad hoc* permission granted for each flight. Pakistan, for its part, pointed out that in accordance with Article 68 of the Chicago Convention and Article I of the Transit Agreement, the routes to be followed by air services had to be submitted to and agreed by the competent authorities: such requests were not, according to its view, permissions inconsistent with the Chicago Convention and Transit Agreement but authorizations to overfly along a prescribed route.

35. Such a diverging characterization of the same facts again raises questions of interpretation and application of the Chicago Convention and the Transit Agreement, and in particular, the *vexata quaestio* of the divergent practice of contracting States with regard to the requirement of prior permission or other authorizations for overflights and non-commercial landings, both for scheduled and non-scheduled air services.

This issue not only relates to the interpretation and application of the multilateral treaties in question, but is one with which the Council of ICAO is particularly experienced to deal.

### 3. Les autorisations préalables

33. Dans sa réplique, l'Inde cite certains exemples pour démontrer qu'une autorisation préalable a été systématiquement exigée en pratique, afin de prouver qu'en fait les traités multilatéraux avaient été remplacés par le « régime spécial ». Pendant la procédure orale devant la Cour, de nouveaux documents ont été joints au dossier à l'appui de cette thèse.

On aurait pu considérer que ces allégations et ces documents constituent des faits soumis *ex novo*, puisqu'ils n'ont été ni présentés ni débattus devant l'organe de première instance.

L'une des limitations résultant de l'exercice par la Cour d'une juridiction d'appel est qu'elle doit examiner la décision du Conseil de l'OACI comme le ferait une cour d'appel. Elle n'a par conséquent pas la faculté de prendre en considération des faits nouveaux ou des événements ultérieurs et doit apprécier les décisions du Conseil de l'OACI compte tenu des faits et arguments de droit, tels qu'ils se présentaient à la fin de juillet 1971 et ont été portés à l'attention du Conseil.

34. Quoi qu'il en soit, les allégations opposées des Parties concernant les autorisations demandées ou accordées pour les survols et les atterrissages, qu'il s'agisse de services aériens réguliers ou de services non réguliers, ne concernent pas vraiment les faits de la cause. Ce n'est pas sur les faits eux-mêmes, à propos desquels elles ont présenté l'une et l'autre des indications complémentaires, que les Parties sont en désaccord, mais sur la qualification et la portée juridiques des demandes ou octrois d'autorisations aux fins de survol ou d'atterrissage.

Tout en insistant sur la nécessité d'obtenir une autorisation préalable dans chaque cas, l'Inde a établi une distinction entre les autorisations accordées pour une certaine période, par exemple six mois, et les autorisations spéciales accordées pour chaque vol. Le Pakistan a fait ressortir quant à lui que, conformément à l'article 68 de la Convention de Chicago et à l'article I de l'Accord de transit, les itinéraires à suivre par les aéronefs devaient être soumis pour approbation aux autorités compétentes. Selon le Pakistan, de telles requêtes ne constituaient pas des demandes d'autorisation incompatibles avec la Convention de Chicago et l'Accord de transit, mais visaient l'autorisation d'adopter un itinéraire déterminé à l'avance.

35. Cette contradiction dans la présentation des mêmes faits pose une fois de plus des questions touchant à l'interprétation et à l'application de la Convention de Chicago et de l'Accord de transit et en particulier la question épineuse de la pratique divergente des Etats contractants en ce qui concerne l'obligation de demander une autorisation préalable ou d'autres permissions pour les survols et les atterrissages à des fins non commerciales d'aéronefs assurant des services réguliers ou non réguliers.

Cette question ne concerne pas seulement l'interprétation et l'application des traités multilatéraux en cause — c'est une question pour l'examen de laquelle le Conseil de l'OACI possède une expérience particulière.

36. In framing Chapter XVIII of the Chicago Convention, the founders of ICAO clearly intended to entrust functions of peaceful settlement to a body such as the Council, composed of representatives selected by member States on the basis of their experience in the actual operation of the international instruments they had to administer and apply. The Council is empowered, not only to adjudicate on disagreements, but also to mediate in them. In granting such powers, account must have been taken of the influence which may be exerted by a body composed of delegates representing all major geographic areas of the world and including States chosen for their chief importance in air transport or their large contribution to the provision of facilities for international civil air navigation. An appeal to the International Court of Justice or to an *ad hoc* arbitral tribunal was provided for so that when the Council takes a decision on a disagreement, its adjudication is subject to the supervision of an organ competent to determine, on the basis of international law, on the rights and duties of the parties.

#### IV. THE PROCEDURE FOLLOWED BY THE COUNCIL

##### *I. Relevance of the Question*

37. The Court has not deemed it necessary or even appropriate to go into the question of the alleged procedural irregularities which, according to India, occurred within the ICAO Council.

I have been unable to agree on this view, which I find too limited, of the powers and duties of the Court when functioning as a court of appeal. The right of appeal granted by Article 84 of the Chicago Convention comprises not only the right to obtain a pronouncement from the Court on whether the decision of first instance is correct from the point of view of substantive law but also on whether that decision was validly adopted in accordance with the essential principles of procedure which must govern the quasi-judicial function entrusted to the organ of first instance. This is further supported by the considerations stated in paragraph 26 of the Judgment.

The thesis which could be inferred from the Judgment might prevent the Court from going into questions of procedure even if confronted with a decision of first instance adopted with gross violation of elementary principles and guarantees of procedure: for instance, without hearing one of the parties or allowing only one of them to vote.

Even if a decision adopted in the circumstances described may reach correct conclusions from the point of view of substantive law, it would, in my view, be unjustified to deny the relevance of the procedural issue, or the power of the Court to declare the decision null and void, simply for the logical consideration that the answer to an objective question of law cannot depend on what occurred before the organ of first instance. The fact of being competent cannot give a blanket licence to an organ of

36. Lorsqu'ils ont rédigé le chapitre XVIII de la Convention de Chicago, les fondateurs de l'OACI ont manifestement voulu confier des fonctions de règlement pacifique à un organe tel que le Conseil, composé de représentants choisis par les Etats membres pour leur expérience de l'application des instruments internationaux qu'ils ont à mettre en œuvre et à administrer. Le Conseil est habilité, non seulement à juger les désaccords, mais aussi à agir comme médiateur. Quand on a accordé ces pouvoirs au Conseil, on a sûrement dû tenir compte de l'influence que peut exercer un organe comprenant des délégués représentant les principales zones géographiques du monde et composé d'Etats choisis pour leur rôle prépondérant dans les transports aériens ou leur importante contribution aux services de la navigation aérienne civile internationale. Il a été prévu un appel devant la Cour internationale de Justice ou devant un tribunal d'arbitrage *ad hoc* pour que, lorsque le Conseil aurait à rendre une décision sur un désaccord, son jugement fût soumis au contrôle d'un organe compétent pour statuer sur les droits et devoirs des parties en vertu du droit international.

#### IV. LA PROCÉDURE SUIVIE PAR LE CONSEIL

##### *1. Pertinence de la question*

37. La Cour n'a jugé ni nécessaire ni même approprié d'aborder la question des irrégularités de procédure qu'aurait commises le Conseil de l'OACI d'après l'Inde.

Je ne puis partager cette conception trop restrictive à mon sens des pouvoirs et obligations de la Cour lorsqu'elle statue en appel. Le droit d'appel consacré par l'article 84 de la Convention de Chicago comporte le droit d'obtenir non seulement que la Cour se prononce sur le point de savoir si la décision rendue en première instance était fondée quant au droit de fond applicable, mais aussi qu'elle dise si la décision a été valablement adoptée, conformément aux principes essentiels de procédure devant régir les fonctions quasi judiciaires de l'organe du premier degré. Les considérations énoncées au paragraphe 26 de l'arrêt renforcent d'ailleurs cette manière de voir.

La thèse qui pourrait être dégagée de l'arrêt empêcherait éventuellement l'examen, par la Cour, des questions de procédure, même si la décision rendue en première instance violait de manière flagrante les principes et garanties procédurales les plus élémentaires: par exemple, si la décision avait été prise sans entendre une des Parties ou en n'en autorisant qu'une seule à voter.

Même si une décision adoptée dans de telles conditions aboutissait à des conclusions justifiées du point de vue du droit de fond applicable, il serait injustifié, à mon avis, de nier la pertinence de la question de procédure, ou le pouvoir de la Cour de déclarer la décision nulle et de nul effet, en partant simplement de cette considération logique que la réponse à une question de droit objective ne saurait dépendre de ce qui s'est passé devant l'organe du premier degré. Le fait d'être compétent

first instance to violate basic guarantees of procedure in reaching the inherently correct decision of asserting its own jurisdiction.

## 2. *Validity of the Appealable Decisions*

38. I do not believe that in this case the procedural deficiencies alleged by the appellant have enough importance to justify the finding of nullity which it has asked the Court to make.

39. The first observation refers to the form in which the questions put to the vote were framed. This observation, as a general proposition, is a correct one, since by putting a question in the negative it might be possible in a hypothetical case to assert jurisdiction, on the basis of the rejection of the negative question, even if there should be no absolute majority of members in favour of recognizing the existence of such jurisdiction.

However, as a practical proposition with respect to this case, the objection does not affect the validity of those decisions, Nos. 1 and 2, which are, in my view, the only ones subject to appeal. If the questions had been put in an affirmative form, the jurisdiction of the Council to entertain the Application would have been equally asserted by the majority required by Article 52 of the Chicago Convention. This was conceded by the appellant in the oral proceedings (hearing of 23 June 1972).

40. The second objection raised by the appellant is that decision No. 3 concerning the Complaint was not supported by a majority of the members of the Council. For the reasons stated in Part I of the present opinion, I believe that the Court lacks jurisdiction to pronounce on decision No. 3. Therefore, the questions of the validity of this decision or of the majority required for its adoption do not arise, in my view, as issues on which the Court is competent to pronounce by means of the present appeal.

41. A third ground of objection is that the Council proceeded to vote despite a request by various members for postponement. Yet the vote taken on a proposal for deferment showed that a majority of members, whether they recorded their abstentions or not, considered themselves in readiness and sufficiently informed to take a decision after what they regarded as an adequate consideration of the arguments of the parties. Some members expressed the view that a postponement long enough to permit the distribution of the records to member States would be unfair to the party suffering from the suspension of overflights and in such a way contrary to Article 28 of the Rules for the Settlement of Differences. The decision of the Council to proceed to the vote in these circumstances, after the President had announced that the vote would be taken at the following meeting (Memorial of India, Annex E, (d), Verbatim Record of the Fifth Meeting, Discussion, para. 135) was therefore in full accordance with the treaty provisions and the Rules of Procedure governing its activities.

42. In its Reply, the appellant observed that the propositions sub-

ne donne pas à cet organe toute liberté de violer les garanties fondamentales de procédure afin de parvenir à la décision, en elle-même fondée, par laquelle il se déclare compétent.

## *2. Validité des décisions susceptibles d'appel*

38. Je ne pense pas qu'en l'espèce les imperfections procédurales dont l'appelant fait état aient suffisamment d'importance pour que la Cour soit fondée à prononcer la nullité, ainsi qu'on le lui demandait.

39. La première observation formulée a trait à la forme des questions mises aux voix. Cette observation est exacte sur un plan général, vu qu'en posant une question sous une forme négative il serait éventuellement possible, dans un cas futur hypothétique, qu'une décision favorable à la compétence soit prise, la question négative étant rejetée, même s'il n'y avait pas de majorité absolue en faveur de cette compétence.

Toutefois, sur le plan pratique, l'objection n'affecte pas, en l'espèce, la validité des décisions mises en cause (décisions n<sup>os</sup> 1 et 2) qui, à mon avis, sont les seules qui offrent matière à un appel. Si les questions avaient été formulées de manière affirmative, la compétence du Conseil pour connaître de la requête n'en aurait pas moins obtenu la majorité prescrite par l'article 52 de la Convention de Chicago. L'appelant en a d'ailleurs convenu au cours de la procédure orale (audience du 23 juin 1972).

40. La deuxième objection soulevée par l'appelant est que la décision n<sup>o</sup> 3, concernant la plainte, n'a pas eu l'appui de la majorité des membres du Conseil. Pour les motifs que j'ai exposés dans la première partie de la présente opinion, j'estime que la Cour n'est pas compétente pour connaître de la décision n<sup>o</sup> 3. La question de la validité de cette décision ou de la majorité exigée pour son adoption ne constitue pas selon moi un problème sur lequel la Cour ait compétence pour se prononcer dans le présent appel.

41. Un troisième motif d'objection est que le Conseil est passé au scrutin bien que plusieurs de ses membres aient demandé un renvoi. Le vote sur la proposition de renvoi a cependant fait ressortir que, dans leur majorité, les délégués (qu'ils aient ou non fait noter leur abstention) se considéraient prêts à prendre une décision et en outre suffisamment informés après ce qui constituait à leur avis une étude adéquate des arguments des Parties. Certains membres du Conseil ont exprimé l'opinion qu'un renvoi suffisamment long pour permettre la distribution des procès-verbaux aux Etats membres porterait tort à la Partie dont les droits de survol étaient suspendus, et serait par conséquent contraire à l'article 28 du Règlement pour la solution des différends. Dans ces conditions, la décision du Conseil de passer au vote après que le président eut annoncé que le scrutin aurait lieu à la séance suivante (mémoire du Gouvernement indien, annexe E, d), procès-verbal de la 5<sup>e</sup> séance, Débat, par. 135) était pleinement conforme aux dispositions du traité et au règlement intérieur du Conseil.

42. Dans sa réplique, l'appelant a fait observer que les propositions

mitted to the vote were put by the President of the Council of ICAO, who is not a member of the Council, and no-one seconded these propositions.

This objection fails to take into consideration the special position and powers possessed by the President of the Council under the Chicago Convention and under decisions adopted by the Council in accordance with the Convention.

The propositions put to the vote by the President of the Council were not governed by Rules 41 and 46 of the Rules of Procedure but by Rules 30, 35 and 37, which give the President the power to present any recommendations to the Council with respect to any item of the Council's work programme, to put questions to the Council and to make rulings which shall stand unless challenged and over-ruled.

When the questions were put to the vote, no member of the Council (and India was one of them) raised an objection, or challenged the right of the President to act as he did. Therefore, the decisions adopted by the Council on the basis of such propositions cannot be challenged now by the appellant on these grounds. As the Court said in the Advisory Opinion concerning Namibia: "Having failed to raise the question at the appropriate time in the proper forum, it is not open to it to raise it before the Court at this stage" (para. 25, *I.C.J. Reports 1971*, p. 23).

43. A final ground, raised at the stage of the oral proceedings before the Court, is the lack of reasons given for the decision subject to appeal.

There is nothing in the Chicago Convention or in the Rules of Procedure requiring the Council to deliver the decision concerning a preliminary objection in the form of an award or a judgment stating in logical sequence the reasons for the conclusion reached.

In consequence, it does not seem possible to conclude that the decision is invalid because it was not framed in the form of a judgment.

The Court had no difficulty in pronouncing on the appeal because of the form of the decision. In the verbatim record of the Council's discussions and decisions, which was before the Court, there was a complete transcript of the reasons and arguments invoked by the Parties and of the explanations of vote and other statements made by the President and those members of the Council who chose to state the grounds for their vote.

#### V. CONCLUDING REMARKS

44. Different views are advanced in some of the individual opinions as to the scope and future effects of the Judgment delivered by the Court. Taking this into account, I wish to state my own view of paragraph 2 of the operative part of the Judgment.

In my view, this paragraph cannot be understood otherwise than as a final decision on the jurisdictional issue: The Council of ICAO is com-

mis aux voix ont été présentées par le président du Conseil de l'OACI, qui n'est pas membre de cet organe, et que personne n'a appuyé ses propositions.

Cette objection ne tient pas compte de la situation et des pouvoirs particuliers du président du Conseil en vertu de la Convention de Chicago et de décisions que le Conseil a adoptées conformément à cette Convention.

Les propositions mises aux voix par le président du Conseil n'étaient pas régies par les règles 41 et 46 du règlement intérieur du Conseil, mais par les règles 30, 35 et 37, qui donnent au président le pouvoir de proposer au Conseil toute recommandation relative à toute question du programme des travaux, de lui poser des questions et de prendre des décisions qui sont définitives sauf s'il en est fait appel ou si elles sont infirmées par le Conseil lui-même.

Quand les questions ont été mises aux voix, aucun membre du Conseil (et l'Inde était l'un de ces membres) n'a soulevé d'objection ni contesté le droit du président d'agir comme il le faisait. Les décisions prises par le Conseil sur la base de ces propositions ne peuvent donc plus être remises en cause par l'appelant à présent et pour ce motif. Pour reprendre les termes employés par la Cour dans l'avis consultatif relatif à la *Namibie*: « Faute d'avoir soulevé le problème en temps voulu devant l'instance qui convenait, il ne lui est plus loisible de le faire à ce stade devant la Cour » (*C.I.J. Recueil 1971*, par. 25, p. 23).

43. Un dernier motif qui a été invoqué au stade de la procédure orale devant la Cour est que la décision attaquée n'était pas motivée.

Rien dans la Convention de Chicago ni dans le règlement intérieur du Conseil n'oblige celui-ci à se prononcer sur une exception préliminaire en rendant une sentence ou un jugement qui énonce dans un ordre logique les motifs de la décision.

Il ne paraît donc pas possible de conclure que la décision n'est pas valable parce qu'elle n'a pas revêtu la forme d'un jugement.

La Cour n'a éprouvé aucune difficulté à statuer en appel à cause de la forme de la décision attaquée. Dans les procès-verbaux des discussions et décisions du Conseil, que la Cour avait à sa disposition, on trouvait l'énoncé complet des motifs et arguments invoqués par les Parties, des explications de vote, et d'autres déclarations prononcées par le président et par les membres du Conseil qui ont fait état des raisons de leur vote.

## V. REMARQUES PRÉSENTÉES EN CONCLUSION

44. Différentes thèses ayant été avancées dans certaines opinions individuelles au sujet de la portée et des effets futurs de l'arrêt rendu par la Cour, je tiens à préciser ma propre position au sujet du paragraphe 2 de son dispositif.

A mon avis, ce paragraphe ne peut être compris que comme une décision définitive sur la question juridictionnelle. Le Conseil de l'OACI



petent to entertain this disagreement. This question has been settled.

If and when the Council of ICAO deals with the merits of the case, it will have to pronounce on Pakistan's submissions. But when doing so it will have to determine first what is the law applicable to the relations between the Parties.

"The question as to what substantive law can be lawfully applied", the Permanent Court once said "can only arise after the jurisdiction is established <sup>1</sup>." The Permanent Court further stated: "Jurisdiction implies the right to decide what substantive law is applicable in a given case to which the jurisdiction extends <sup>2</sup>."

Thus the ICAO Council, before pronouncing on Pakistan's submissions, would have to determine whether the Chicago Convention and the Transit Agreement apply or not in the relations between the Parties.

In such a way, it may again be faced, in a different context, with some of the arguments which were raised by India to oppose the Council's jurisdiction. Those arguments, while insufficient for the purposes of excluding that jurisdiction, would still remain available for India to invoke as defences on the merits, on the question of the substantive law to be applied.

But the jurisdictional question as such is closed by this decision. In other words, in the hypothesis that the Council should accept India's contentions as to suspension or special régime, this would not result, in my view, in the Council becoming incompetent or devoid of jurisdiction but would result in a rejection of Pakistan's submissions on the merits on the ground that the substantive law invoked in support of those claims would no longer be applicable (in that hypothesis) to the relations between the Parties.

(Signed) E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA.

---

<sup>1</sup> *Advisory Opinion, Jurisdiction of the Courts of Danzig, P.C.I.J., Series B, No. 15*, pp. 24-25.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 26.

est compétent pour connaître du désaccord dont il s'agit. La question a été réglée.

Si le Conseil de l'OACI en vient à examiner le fond, il devra se prononcer sur les conclusions du Pakistan, mais pour ce faire il lui faudra tout d'abord déterminer le droit applicable aux relations entre les Parties.

« Le point de savoir quel droit matériel peut légalement être appliqué par les tribunaux de Dantzig ne se présente qu'une fois la compétence établie »<sup>1</sup>, a déclaré la Cour permanente, qui a ajouté: « La compétence implique le pouvoir de décider quel est le droit matériel applicable en l'affaire à laquelle la compétence s'étend. »<sup>2</sup>

Ainsi, avant de se prononcer sur les conclusions du Pakistan, le Conseil de l'OACI devrait établir si la Convention de Chicago et l'Accord de transit s'appliquent ou ne s'appliquent pas dans les relations entre les Parties.

Ce faisant, il pourra se heurter à nouveau, dans un contexte différent, à certains des arguments soulevés par l'Inde pour s'opposer à la compétence du Conseil. Ces arguments sont insuffisants aux fins d'exclure cette compétence, mais l'Inde pourrait encore les invoquer comme moyens de défense au fond sur la question du droit matériel applicable.

Il n'en reste pas moins que la question de compétence en tant que telle est définitivement réglée par la présente décision. En d'autres termes, dans l'hypothèse où le Conseil accepterait les thèses de l'Inde sur la suspension ou le régime spécial, cela entraînerait, selon moi, non pas l'incompétence ou le défaut de juridiction du Conseil, mais le rejet des demandes du Pakistan sur le fond, au motif que le droit matériel invoqué à l'appui de ces demandes ne serait plus dans cette hypothèse applicable aux relations entre les Parties.

(Signé) E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA.

---

<sup>1</sup> *Compétence des tribunaux de Dantzig, avis consultatif, 1928, C.P.J.I. série B n° 15, p. 24-25.*

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 26.