

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

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

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 »¹; 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 »². 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-

¹ Buergethal, *Law Making in the Civil Aviation Organization*, 1969, p. 159.

² *Ibid.*, p. 160.

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

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^{os} 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

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^e 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

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

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) ¹.

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).

¹ 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. 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.

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

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^{er} 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

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^e 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. 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. 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

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^{os} 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^o 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^o 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^e 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

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

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 »¹, 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. »²

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.

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

² *Ibid.*, p. 26.