

OPINION DISSIDENTE DE M. BEDJAOUI

1. L'affaire portée devant la Cour a reçu de la part de celle-ci un intitulé très neutre, conformément à sa bonne habitude. Il y est sobrement question « d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie ». Il ne s'agit pas que d'un simple « incident » mais d'un abominable attentat à l'explosif qui a fait deux cent soixante-dix victimes et qui exige la recherche, la poursuite et la condamnation sévère de ses auteurs, quels qu'ils soient. Mais quelle que soit l'indignation légitime que cet odieux attentat suscite, la condamnation de ses auteurs ne doit se faire que dans le strict respect de la légalité internationale.

2. L'examen de cette légalité internationale par la Cour est complexe. Cela est dû d'abord au fait que la Cour se trouve à la toute première phase de la procédure, celle concernant seulement l'indication de mesures conservatoires. Par hypothèse la Cour doit donc s'interdire à ce stade de se prononcer sur le fond, c'est-à-dire sur cette légalité internationale. La phase actuelle ne lui permet d'avoir qu'une idée provisoire et simplement *prima facie* du dossier, en attendant de se saisir du fond dans toutes ses dimensions. La complexité de la situation est ensuite et surtout due au fait que cette affaire reçoit simultanément un double traitement devant deux instances différentes, le Conseil de sécurité et la Cour internationale de Justice. Ce n'est pas la première fois que ces deux organes principaux des Nations Unies exercent simultanément, à propos d'une même affaire, les compétences respectives que leur confère la Charte (voir par exemple l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* ou l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*). Mais si le traitement concomitant de pouvoirs concurrents mais non exclusifs n'a jusqu'ici posé que peu de problèmes, la présente affaire au contraire pose à la Cour de manière sérieuse la question non seulement de l'influence possible des décisions d'un organe principal sur l'examen de la même question par l'autre organe principal, mais aussi plus radicalement de la contrariété possible entre les décisions de ces deux organes et de la manière de traiter une aussi délicate situation.

3. Le différend d'ordre juridique présenté devant la Cour porte essentiellement, comme son titre l'indique, sur l'interprétation et l'application de la convention de 1971 de Montréal. Il est demandé à la Cour de dire si la requérante, la Libye, a le devoir international d'extrader deux de ses ressortissants, auteurs présumés de l'attentat de Lockerbie, pour les livrer aux autorités judiciaires américaines et britanniques. Les deux Etats défendeurs, Etats-Unis d'Amérique et Royaume-Uni, affirment l'exis-

DISSENTING OPINION OF JUDGE BEDJAOU

[*Translation*]

1. In accordance with its commendable practice in that regard, the Court has given a very neutral title to the case brought before it. The title refers blandly to the “interpretation and application of the 1971 Montreal Convention arising from the aerial incident at Lockerbie”. What occurred is not a mere “incident” but an abominable bombing that took 270 lives and demands the apprehension, prosecution and severe sentencing of its perpetrators, whoever they may be. But whatever the legitimate indignation that this detestable outrage may have aroused, its perpetrators must be brought to book only in strict conformity with international legality.

2. The examination by the Court of this international legality is a complex matter. This is due, to begin with, to the fact that the Court finds itself at the very first stage of the proceedings, the one concerning solely the indication of provisional measures. The Court therefore must, *ex hypothesi*, refrain at this stage from pronouncing on the merits, that is, on this international legality. The present phase allows it only to entertain a provisional and merely prima facie idea of the case, pending later consideration of the merits in a fully comprehensive way. The complexity of the situation is, moreover, due primarily to the fact that the cases are being dealt with simultaneously by two different organs, the Security Council and the International Court of Justice. It is not the first time that these two principal organs of the United Nations simultaneously exercise, with respect to a single case, their respective competences under the Charter (see, for example, the case concerning *Diplomatic and Consular Staff in Tehran* or the one concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*). But, if the concomitant exercise of concurrent but not exclusive powers has thus far not given rise to serious problems, the present case, by contrast, presents the Court not only with the grave question of the possible influence of the decisions of a principal organ on the consideration of the same question by another principal organ, but also, more fundamentally, with the question of the possible inconsistency between the decisions of the two organs and of how to deal with so delicate a situation.

3. As its title indicates, the dispute of a legal nature brought before the Court concerns essentially the interpretation and the application of the 1971 Montreal Convention. The Court is asked to determine whether the Applicant, Libya, is under an international legal obligation to extradite two of its nationals, who are alleged to be the perpetrators of the Lockerbie bombing, in order that they be delivered up to the American and British judicial authorities. The two Respondent States, the United Kingdom

tence d'une telle obligation, pendant que la Libye la conteste, ce qui scelle l'existence entre les trois États d'un différend d'ordre juridique bien circonscrit. Mais en attendant qu'elle puisse trancher celui-ci au fond, la Cour a été priée par la Libye d'indiquer des mesures conservatoires propres à garantir que sa décision finale ne perde pas son effet utile à la suite de quelque mesure ou action qu'entreprendraient les Parties entre-temps.

4. Mais parallèlement à ce différend d'ordre juridique très précis, les États-Unis et le Royaume-Uni ont saisi le Conseil de sécurité d'un autre différend visant à mettre en cause l'État libyen, accusé par eux d'être impliqué dans le terrorisme en général et dans l'attentat de Lockerbie en particulier. Ce différend est très distinct du premier. En effet le premier porte sur l'extradition de deux nationaux et reçoit un traitement juridique devant la Cour sur demande de la Libye, tandis que le second porte plus largement sur le terrorisme d'État et la responsabilité internationale de l'État libyen et reçoit quant à lui un traitement politique devant le Conseil de sécurité sur demande des États-Unis et du Royaume-Uni.

5. S'agissant du traitement juridique du premier différend par la Cour, il n'est nullement demandé à celle-ci dans la présente instance de se prononcer sur le terrorisme d'État et la responsabilité internationale de la Libye et cela d'autant moins que les deux États défendeurs n'ont pas formulé une demande reconventionnelle à cet effet, à la suite de l'introduction de la requête libyenne. Le second différend, portant sur la responsabilité internationale de la Libye, a reçu une solution strictement politique notamment par une mise en cause de la responsabilité de l'État libyen, par une demande d'indemnisation des familles des victimes et par l'imposition d'une obligation de renoncer concrètement au terrorisme, là où une solution judiciaire, forcément plus exigeante sur la procédure, eût nécessité au préalable une administration de la preuve, un débat contradictoire et un « *due process of law* ».

6. Il était du droit le plus absolu pour la Libye de saisir la Cour du différend portant sur l'extradition pour en escompter une solution judiciaire, comme il était du droit le plus absolu pour les États-Unis et le Royaume-Uni de saisir le Conseil de sécurité du différend portant sur la responsabilité internationale de la Libye pour en obtenir une solution politique. Les missions respectives du Conseil de sécurité et de la Cour se situent bien ainsi sur deux plans distincts et avec des objets différents et requièrent des méthodes spécifiques de règlement conformes à leurs pouvoirs respectifs propres. Une telle situation comportant deux démarches distinctes des deux organes principaux des Nations Unies avec des compétences parallèles n'est au demeurant pas inhabituelle, comme je l'ai dit au paragraphe 2 ci-dessus. Mais la difficulté dans le cas présent réside dans le fait que le Conseil de sécurité a non seulement décidé d'un certain nombre de mesures politiques à l'encontre de la Libye, mais a aussi réclamé d'elle l'extradition de ses deux nationaux. C'est cette demande spécifique du Conseil qui crée un chevauchement sur la substance même du différend

and the United States, assert that such an obligation exists, whereas Libya contests this view, which clearly demonstrates the existence between the three States of a well-defined legal dispute. But pending its decision on the merits, the Court has been asked by Libya to indicate such provisional measures as may be required to ensure that its final decision is not deprived of effectiveness as a result of a measure or action taken by the Parties in the meantime.

4. But in parallel with this very precise legal dispute, the United Kingdom and the United States have brought before the Security Council another dispute involving the Libyan State, which they accuse of being implicated in terrorism in general and in the Lockerbie bombing in particular. This dispute is quite different from the first one. For the first dispute concerns the extradition of two Libyan nationals and is being dealt with, legally, by the Court at the request of Libya, whereas the second dispute concerns, more generally, State terrorism as well as the international responsibility of the Libyan State and is being dealt with, politically, by the Security Council, at the request of the United Kingdom and the United States.

5. With regard to the role of the Court, as a judicial organ, with respect to the first dispute, the Court is in no way requested in the present proceedings to pass judgment on State terrorism and the international responsibility of Libya, particularly since the two Respondent States have presented no counter-claim in response to the Libyan Application. The second dispute, concerning the international responsibility of Libya, has been resolved in a strictly political way, the chief elements of the solution being the finding that Libya is responsible, a demand of compensation for the families of the victims and the imposition of an obligation concretely to renounce terrorism, whereas a judicial solution, which necessarily sets higher procedural standards, would have required, as a preliminary, the production of evidence, adversary proceedings and respect for due process of law.

6. Libya was fully within its rights in bringing before the Court, with a view to its judicial settlement, the dispute concerning extradition, just as the United Kingdom and the United States were fully within their rights in bringing before the Security Council, with a view to its political settlement, the dispute on the international responsibility of Libya. The respective missions of the Security Council and the Court are thus on two distinct planes, have different objects and require specific methods of settlement consistent with their own respective powers. Such a situation, involving two distinct procedures before two principal organs of the United Nations having parallel competences, is, I might add, not an unusual one, as I observed in paragraph 2 above. But the difficulty in the present case lies in the fact that the Security Council not only has decided to take a number of political measures against Libya, but has also demanded from it the *extradition of its two nationals*. *It is this specific demand of the Council that creates an overlap with respect to the substance of the legal dispute with which the Court must deal, in a legal manner, on the*

d'ordre juridique auquel la Cour est chargée de donner un traitement juridique sur la base de la convention de Montréal de 1971 et du droit international en général. Ainsi la question de l'extradition s'exposait au risque de deux solutions contradictoires, l'une politique, l'autre juridique, et d'une contrariété entre la décision de la Cour et celle du Conseil de sécurité.

7. Une telle contrariété de décisions entre deux organes des Nations Unies serait préoccupante. Car la Cour n'a généralement pas pour rôle de contrôler en forme d'appel les décisions du Conseil de sécurité dans sa haute mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales, pas plus que le Conseil de sécurité n'a pour rôle de se substituer à la Cour en portant atteinte à l'intégrité de sa fonction judiciaire internationale. Or la présente affaire, au stade des mesures conservatoires demandées par la Libye, nous situe dans cette perspective de contrariété de décisions du fait qu'une des exigences du Conseil de sécurité crée une « zone grise » de chevauchement d'attributions et instaure un conflit de compétences. Le dossier de l'affaire autorisait en effet la Cour à indiquer des mesures conservatoires pour sauvegarder les droits éventuels de la partie requérante à refuser l'extradition de deux de ses nationaux alors que le Conseil de sécurité vient de prendre une décision obligatoire au titre du chapitre VII de la Charte d'extrader ces deux individus.

* * *

8. Toutes les conditions me paraissent avoir été remplies pour que la Cour indique des mesures conservatoires à la demande de l'Etat requérant, en attendant de se prononcer sur le fond. Tout d'abord il n'est contesté par personne qu'il existe devant la Cour un différend d'ordre juridique portant sur des questions de droit très précises découlant de l'interprétation et de l'application de la convention de Montréal de 1971. Par ailleurs la compétence de la Cour est établie sur la base de l'article 14, paragraphe 1, de ladite convention. Cet article subordonne la saisine de la Cour à une première condition, celle des négociations préalables entre les parties. Elle est parfaitement remplie. L'analyse que j'ai rapidement esquissée ci-dessus au sujet de la dualité et de la non-identité des différends présentés parallèlement à la Cour et au Conseil de sécurité montre que la négociation recherchée pour régler la question de l'extradition était par nature et par essence à jamais inopérante. Dès lors que la Libye refusait l'extradition de ses ressortissants et proposait d'autres solutions de rechange (remise des deux suspects soit aux Nations Unies ou à la Ligue arabe, soit aux autorités judiciaires d'un pays tiers, ou à une juridiction internationale judiciaire ou arbitrale, alors que les Etats-Unis et le Royaume-Uni n'offraient à la Libye que le choix entre une extradition non négociable par principe et des sanctions du Conseil de sécurité), il apparaissait à l'évidence que la notion même de négociation ne pouvait trouver sa place dans un tel contexte. La jurisprudence de la devancière de la Cour est à cet égard éclairante :

basis of the 1971 Montreal Convention and international law in general. The risk thus arose of the extradition question receiving two contradictory solutions, one legal, the other political, and of an inconsistency between the decision of the Court and that of the Security Council.

7. Such an inconsistency between the decisions of two United Nations organs would be a matter of serious concern. For it is as a rule not the Court's role to exercise appellate jurisdiction in respect of decisions taken by the Security Council in the fulfilment of its fundamental mission of maintaining international peace and security, no more than it is the role of the Security Council to take the place of the Court, thereby impairing the integrity of its international judicial function. But, at this stage of provisional measures requested by Libya, the present case compels us to confront this possibility of inconsistent decisions inasmuch as one of the Security Council's demands creates a "grey area" in which powers may overlap and a jurisdictional conflict comes into being. For the facts of this case give the Court the power to indicate provisional measures to preserve the possible right of the Applicant to refuse the extradition of two of its nationals, whereas the Security Council has just taken a decision that is mandatory under Chapter VII of the Charter calling for the extradition of these two individuals.

* * *

8. All the necessary conditions appear to me to have been fulfilled in order that the Court should have the power to indicate provisional measures at the request of the Applicant, pending a decision on the merits. First of all, no one doubts that the Court has before it a legal dispute concerning very precise questions of law arising from the interpretation and application of the 1971 Montreal Convention. Moreover the Court's competence is established on the basis of Article 14, paragraph 1, of that Convention. This Article subjects the submission of the matter to the Court to an initial requirement, namely, that prior negotiations between the Parties should have taken place. This requirement has been satisfied fully. The brief analysis I made earlier of the duality and non-identity of the disputes submitted *pari passu* to the Court and the Security Council shows that the negotiations sought with a view to settling the question of the extradition were essentially and in view of their nature destined never to become a reality. Since Libya refused to extradite its nationals and proposed substitute solutions (surrender of the two suspects to the United Nations, to the Arab League, to the judicial authorities of a third country, or to an international judicial or arbitral body, whereas the United Kingdom and the United States only offered Libya the choice between an extradition that as a matter of principle was not negotiable or the adoption of sanctions by the Security Council), it was obvious that the very notion of a negotiating process was meaningless in such a context. The case-law of the Court's predecessor is enlightening in this regard:

« Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches ; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée ; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que *le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.* » (*Concessions Mavrommatis en Palestine, C.P.J.I. série A n° 2, p. 13.*)

C'est aussi la jurisprudence de la présente Cour telle qu'elle se dégage de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, et de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

9. L'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal de 1971 subordonne la saisine de la Cour à une seconde condition préalable qui aurait imposé à la Libye d'attendre l'écoulement d'un délai de six mois au cours duquel elle devait chercher un règlement du différend par la voie de l'arbitrage. Cette condition en l'espèce ne fait pas obstacle à la compétence de la Cour, pour plusieurs raisons. Tout d'abord lorsque, faisant réponse à la demande d'arbitrage formulée par la Libye, le représentant permanent du Royaume-Uni auprès des Nations Unies a déclaré qu'elle n'avait « aucune pertinence », cela signifie à l'évidence que le choix fait par les Etats-Unis et le Royaume-Uni de saisir le Conseil de sécurité en vue d'obtenir de lui une solution politique ne laisse d'emblée aucune place à une solution arbitrale. La demande d'arbitrage apparaissait dès lors comme foncièrement inappropriée et incompatible avec le traitement politique attendu du Conseil de sécurité et d'ailleurs intervenu effectivement. En conséquence la voie de l'arbitrage était par hypothèse et par principe exclue, quelle qu'ait pu être la durée de l'attente de la Libye. Le délai de six mois était tout à fait inopérant en tant que non cohérent avec le type de règlement politique retenu par les deux Etats défendeurs, dès lors qu'ils ont préféré le recours au Conseil de sécurité en janvier dernier. La déclaration de « non pertinence » de l'arbitrage signifie plus qu'un simple rejet de celui-ci par le Royaume-Uni, une affirmation péremptoire d'incompatibilité par nature entre la voie de l'arbitrage demandé et celle de la solution politique assortie de sanctions recherchée au niveau du Conseil de sécurité. Et le fait que la Libye ait fait par la suite des propositions nouvelles autres que l'arbitrage est moins le signe d'une certaine inconstance que l'élément témoin de l'impossibilité de l'arbitrage, dont elle a ainsi pris acte. Par ailleurs l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal de 1971 énonce que c'est « dans les six mois » qui suivent la date de la demande d'arbitrage que la Cour peut être saisie à la diligence de l'une des parties. Cela signifie qu'il n'y a pas lieu d'attendre le complet écoulement de ce délai, mais tout au contraire qu'il est possible de saisir la Cour « pendant » cette période de six mois, ou « à l'intérieur » ou « au cours » de ce délai et jamais au-delà. La Libye est donc recevable à saisir la

“Negotiations do not of necessity always presuppose a more or less lengthy series of notes and dispatches; it may suffice that a discussion should have been commenced, and this discussion may have been very short; this will be the case if a dead lock is reached, or if finally a point is reached at which one of the Parties definitely declares himself unable, or refuses, to give way, and there can therefore be no doubt that *the dispute cannot be settled by diplomatic negotiation.*” (*Mavrommatis Palestine Concessions, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 13.*)

This view is shared by the present Court, as shown by its relevant holdings in the *Diplomatic and Consular Staff in Tehran* and the *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* cases.

9. Article 14, paragraph 1, of the 1971 Montreal Convention subjects the possibility of seising the Court to the fulfilment of a second and prior requirement, by virtue of which Libya would have had to await the expiration of a six-month time-limit during which it had to seek a settlement of the dispute by means of arbitration. There are several reasons why in the present case this requirement does not stand in the way of the Court being seised. It should first be noted that in response to the request for arbitration made by Libya the Permanent Representative of the United Kingdom to the United Nations stated that that request was “not relevant”, since this makes it obvious that the decision by the United Kingdom and the United States to bring the matter to the Security Council so as to obtain from it a political solution foreclosed, from the outset, any possibility of an arbitral solution. The request for arbitration therefore appeared to be fundamentally inappropriate and inconsistent with the political measures which the Security Council was expected to take and were later taken. Accordingly arbitration was inherently and as a matter of principle ruled out, no matter how long Libya were to wait. The six-month time-limit was altogether meaningless inasmuch as it was inconsistent with the type of political settlement chosen by the two Respondent States, seeing that they opted for submission of the matter to the Security Council last January. The United Kingdom’s characterization of arbitration as “not relevant” is not merely a rejection of this mode of settlement, but a categorical assertion of the inherent incompatibility between the arbitration requested and the political solution involving sanctions that was expected from the Security Council. And the fact that Libya subsequently made new proposals other than arbitration is less a sign of a certain inconsistency than an indication of the impossibility of arbitration, an impossibility of which Libya thus took note. Moreover Article 14, paragraph 1, of the 1971 Montreal Convention provides that it is “*within six months*” following the date of the request for arbitration that the Court may be seised at the instance of either one of the Parties. This means that it is not necessary to wait until this time-limit has expired completely, but that, on the contrary, it is possible to seise the Court “during” this six-month period, or “within” or “in

Cour à tout moment avant l'épuisement du délai de six mois. Ainsi la condition *ratione temporis* prévue à la convention s'interprète en faveur de la Libye tant par exégèse du texte que par référence à son esprit et à sa finalité d'une part et au contexte de la présente affaire d'autre part. Et, pour reprendre une formule dans laquelle se posait aussi une question de délai pour convenir d'un arbitrage,

«il tombe sous le sens qu'il ne faut pas y voir une condition préalable à l'applicabilité de la disposition précise et catégorique [d'un article d'un traité] qui prévoit la compétence obligatoire de la Cour» (C.I.J. Recueil 1980, p. 25, par. 48).

10. Reste la compétence *ratione personae*. Il a été soutenu que la convention de Montréal de 1971 ne donnerait pas compétence à la Cour en l'espèce du fait que l'on serait ici en présence d'une affaire de terrorisme d'Etat et non d'actes d'individus. Cette allégation appelle une réponse à trois niveaux différents. Tout d'abord l'article premier de la convention de Montréal de 1971 ne peut laisser subsister aucun doute dans la mesure où il vise «toute personne» qui commettrait certains «actes» qualifiés d'«infraction pénale». Cela signifie que la convention s'applique très largement à «toute» personne, qu'elle agisse pour son propre compte, ou au nom d'une quelconque organisation ou encore sur ordre d'un Etat. Tout au plus, si la personne a commis l'infraction en qualité d'organe d'un Etat, la convention pourrait se révéler, non pas inapplicable, mais plutôt inefficace dans la mesure où l'Etat qui choisirait de ne pas extradier mais de faire juger les suspects par ses propres tribunaux se jugerait lui-même, ce qui, on s'en doute bien, ne serait pas une solution satisfaisante. En second lieu, et comme on l'avait déjà vu, la question de la responsabilité internationale de l'Etat pour des actes illicites de cette nature a été confiée au Conseil de sécurité et ne constitue pas du tout le fond du différend soumis à la Cour concernant l'existence ou non d'une obligation internationale d'extrader des nationaux. En troisième lieu, et en tout état de cause, il importe de ne pas perdre de vue la nature de la phase actuelle de la procédure et de savoir que

«lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant de décider si elle indiquera ou non de telles mesures, de parvenir à une conclusion définitive sur sa compétence au fond ... mais qu'elle ne doit cependant indiquer de telles mesures que si les dispositions invoquées par le requérant paraissent constituer *prima facie* une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 179, par. 24).

Tel est bien le cas en l'espèce et la Cour est compétente *prima facie*.

the course of” the period and never after its expiration. Libya is accordingly entitled to apply to the Court at any time prior to the expiration of the six-month time-limit. Thus the *ratione temporis* requirement laid down in the Convention should be interpreted in favour of Libya, both at the level of a literal interpretation of the text and by reference to its spirit and its purpose, on the one hand, and the context of this case, on the other. And, to borrow a passage that also dealt with a question of time-limit in connection with an agreement to arbitrate,

“the terms of Articles II and III . . . make it crystal clear that they are not to be understood as laying down a precondition of the applicability of the precise and categorical provision [of an article of a treaty] establishing the compulsory jurisdiction of the Court” (*I.C.J. Reports 1980*, p. 25, para. 48).

10. There remains to be discussed the question of competence *ratione personae*. It has been contended that the 1971 Montreal Convention does not confer jurisdiction on the Court in this case since what we have here is not the actions of individuals but an instance of State terrorism. This contention calls for an answer at three different levels. In the first place, Article 1 of the 1971 Montreal Convention removes all doubt on this score to the extent that it refers to “any person” committing certain “acts” characterized as “offences”. This means that the Convention applies very broadly to “any” person, whether that person acts on his own account or on behalf of any organization or on the instructions of a State. The most that can be said is that if the person that committed the offence acted as the organ of a State, the Convention could prove to be, not inapplicable, but rather ineffectual to the extent that the State that would opt not for extraditing but for prosecuting the suspects itself, before its own courts, would be judging itself, which, obviously, would not be a satisfactory solution. In the second place, and as has already been pointed out, the question of international responsibility of the State for unlawful acts of this nature has been entrusted to the Security Council and does not by any means constitute the substance of the dispute submitted to the Court concerning the existence or otherwise of an international obligation to extradite nationals. Thirdly, and in any event, it is important not to overlook the nature of the present phase of the proceedings and to note that

“on a request for provisional measures the Court need not, before deciding whether or not to indicate them, finally satisfy itself that it has jurisdiction on the merits of the case . . ., yet it ought not to indicate such measures unless the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to afford a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded” (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Order of 10 May 1984, *I.C.J. Reports 1984*, p. 179, para. 24).

Such is the case here and the Court is *prima facie* competent.

11. Bien entendu la Cour ne peut ici exercer sa compétence et indiquer des mesures conservatoires, en vertu de l'article 41 de son Statut, que si elle estime pour autant que les circonstances l'exigent pour sauvegarder les droits de chacune des Parties. Il importe donc d'identifier les droits susceptibles d'être protégés. Il a été soutenu à ce sujet que de tels droits sont inexistantes ou illusoire, ou en tout cas insuffisamment déterminés du fait de l'imprécision de la requête. Je ne peux être de cet avis. Dans ses conclusions finales, la Libye a présenté deux séries de demandes, les unes tendant à obtenir que les Etats-Unis et le Royaume-Uni s'abstiennent d'exercer des moyens de coercition pour forcer la Libye à extraditer ses propres nationaux, les autres tendant à protéger les droits de la Libye en ce qui concerne les instances introduites par ses requêtes. Les droits dont la Libye demande la protection par des mesures conservatoires sont d'abord des droits conventionnels que l'on doit reconnaître *prima facie* au demandeur comme à toutes les parties liées par la convention de Montréal de 1971. Il s'agit principalement du droit du demandeur d'établir sa propre compétence sur les auteurs présumés de l'attentat (article 5, paragraphe 2, de la convention); du droit d'appliquer la loi libyenne au procès de ces suspects (art. 5, par. 3); du droit de soumettre l'affaire à ses propres juridictions pénales (art. 7); du droit, assorti de son interface obligationnelle, d'accorder toutes les garanties judiciaires aux auteurs présumés et de les protéger des jugements hâtifs de l'opinion ou des *mass media*; du droit enfin de réclamer et d'obtenir la coopération et l'entraide judiciaires des autres Etats intéressés (art. 11). Les droits à sauvegarder sont en second lieu les droits que le demandeur peut tirer comme tout autre Etat soit de la Charte des Nations Unies soit du droit international général (respect de la souveraineté, de l'intégrité territoriale, de l'indépendance politique de l'Etat, non-recours à la menace ou à l'emploi de la force).

12. Il s'agit de droits qui ne sont ni inexistantes, ni illusoire, ni indéterminés. L'article 7 de la convention de Montréal de 1971 qui a le plus prêté à discussion, et qui se trouve au cœur de la requête libyenne, impose impérativement à tout Etat partie à la convention soit d'extraditer, soit de faire poursuivre par ses tribunaux les auteurs présumés de l'infraction, conformément à l'option traditionnellement ouverte par la maxime *aut dedere aut judicare*. Sans aborder le fond, on sait qu'il n'existe en droit international aucune norme qui interdise ou, à l'inverse, qui impose l'extradition de nationaux. Ce que le droit conventionnel de Montréal se limite à faire, en complétant ainsi le droit international général, c'est d'une part de renvoyer aux différents droits nationaux, mais d'autre part de prescrire aux Etats une « obligation de faire », conformément à leur droit interne, c'est-à-dire soit d'extraditer, soit de faire poursuivre par leurs tribunaux. Cette option est valable aujourd'hui sinon en droit international général, du moins entre tous les Etats parties à la convention de Montréal de 1971. Il a été alors soutenu que le droit à protéger ici est illusoire, puisqu'il s'agirait plutôt d'une obligation. Mais l'Etat ne serait-il donc pas autorisé à revendiquer le droit, fondamentalement dérivé de sa souveraineté, de ne pas être entravé dans l'accomplissement de son devoir international ? Par

11. Needless to say, the Court may exercise jurisdiction in this case and indicate provisional measures, by virtue of Article 41 of its Statute, only if it considers that the circumstances so require in order that the rights of each of the Parties be preserved. It is therefore important that the rights capable of being protected should be identified. It has been maintained in this regard that such rights are non-existent or illusory or at any rate, given the imprecision of the request, insufficiently determined. I cannot share this view. In its final submissions, Libya presented two series of requests; one sought an injunction against the United Kingdom and the United States in order that they abstain from coercing Libya into extraditing its nationals, while the other sought to protect the rights of Libya in connection with the proceedings instituted by its Applications. The rights whose protection by means of provisional measures Libya is requesting are, in the first place, treaty rights which *prima facie* the Applicant is entitled to exercise just as much as any other party to the 1971 Montreal Convention. These rights are primarily the one the Applicant has to establish its jurisdiction over the alleged perpetrators of the bombing (Art. 5, para. 2, of the Convention); the right to apply Libyan law to the prosecution of the suspects (Art. 5, para. 3); the right to submit the case to its own criminal courts (Art. 7); the right, coupled with the corresponding obligations, to grant every procedural safeguard to the alleged perpetrators and protect them from the hasty judgments of public opinion or the mass media; the right, finally, to claim and obtain co-operation and judicial assistance from the other States concerned (Art. 11). The rights to be protected are, in the second place, those that the Applicant, as well as any other State, derives from the United Nations Charter or general international law (respect for the sovereignty, the territorial integrity, the political independence of the State, non-recourse to the threat or the use of force).

12. The rights in question are neither non-existent, nor illusory, nor indeterminate. Article 7 of the 1971 Montreal Convention, the provision that gave rise to the most discussion and is at the heart of the Libyan Application, categorically imposes on every State party to the Convention the obligation either to extradite or to prosecute before its courts the alleged perpetrators of an offence, in keeping with the traditional option to which the maxim *aut dedere aut judicare* refers. Without entering into the merits of the case, I would point out that, as is well known, there does not exist in international law any rule that prohibits, or, on the contrary, imposes the extradition of nationals. All that the régime laid down by the Montreal Convention does is to complement general international law by, on the one hand, rendering the various national laws applicable and, on the other hand, imposing on States an "obligation to take action", in accordance with their internal law, by either extraditing or arranging for prosecution before their own courts. This option is now valid, if not under general international law, at least between all the States parties to the 1971 Montreal Convention. This being so, it has been contended that the right to be protected here is illusory, since what we are dealing with is rather an obligation. But could it possibly be that a State is not authorized to claim

ailleurs, il a été soutenu que la convention de Montréal de 1971 ne confère à un Etat partie aucun droit au titre de l'article 7 qu'il n'ait déjà au titre du droit international général, de sorte que, même si la convention de Montréal de 1971 n'existait pas ou si la Libye ne l'avait pas ratifiée, cet Etat resterait libre de refuser l'extradition en vertu du droit international. De cette observation exacte il a été tiré une conclusion erronée, à savoir que le droit conventionnel à protéger serait inexistant, ou illusoire, car l'article 7 ne confère pas là un droit supplémentaire à l'Etat. Mais comment comprendre qu'un droit reconnu par le droit international général et confirmé par une convention internationale viendrait à perdre toute existence et tout bénéfice à sa sauvegarde du seul fait de sa confirmation dont on aurait pu penser qu'elle le renforcerait? A la base du raisonnement il y a en vérité l'affirmation implicite que dans cette affaire la Cour ne pourrait appliquer que la convention de Montréal de 1971 à l'exclusion du droit international général, alors même que de toute évidence son Statut et sa mission générale lui en imposent spontanément l'application.

13. La Cour n'indique de mesures conservatoires que pour autant que les droits reconnus *prima facie* sont menacés de disparaître. En l'espèce il ne paraît pas nécessaire de s'apesantir longuement sur le caractère irréparable du préjudice qui résulterait de la disparition de ces droits avant le prononcé de la Cour. Si l'Etat requérant subit des mesures de contrainte, de quelque nature qu'elles soient, en vue de consentir à extraditer ses nationaux, alors que des dispositions expresses de sa constitution ou de ses lois le lui interdisent, cela peut-il signifier autre chose qu'il aura été obligé de renoncer à un droit reconnu *prima facie* et qu'on l'aura contraint à violer sa propre législation? Il est donc clair que si ce droit n'est pas protégé par des mesures conservatoires l'hypothèse d'un risque de sa disparition pure et simple ne saurait être écartée, de sorte que, de ce point de vue, le préjudice serait irréparable en ce que ce droit perdu ne saurait être après coup reconstitué. La menace de disparition de ce droit était si réelle qu'elle s'est réalisée ensuite avec l'adoption de la résolution 748 (1992) qui l'a effectivement aboli!

14. Quant à la question de l'urgence, autre élément dont la jurisprudence de la Cour tient traditionnellement compte pour se prononcer sur l'opportunité d'indiquer des mesures conservatoires, il est tout simplement manifeste qu'en l'espèce cette urgence existe. Il est demandé à la Libye de répondre «immédiatement», ou «sans le moindre délai» aux demandes des deux Etats défendeurs, notamment en ce qui concerne l'extradition de ses deux ressortissants.

15. En conséquence de tout ce qui précède, je suis parvenu à la conclusion que toutes les conditions sont réunies en l'espèce pour que la Cour indique des mesures conservatoires. Ce pouvoir que la Cour tient de l'article 41 de son Statut est certes tout à fait discrétionnaire et la Cour doit se livrer à une libre évaluation des «circonstances» pour savoir si celles-ci

the right, which it derives, fundamentally, from its sovereignty, not to be hindered in the fulfilment of its international duty? Furthermore, it has been maintained that the 1971 Montreal Convention does not confer on a State party any right under Article 7 that it does not already possess by virtue of general international law, so that even if the 1971 Montreal Convention did not exist or Libya had not become a party to it Libya would remain free to deny extradition by virtue of international law. From this observation, which is correct, an erroneous conclusion has been drawn, namely, that the treaty right to be protected is non-existent, or illusory, inasmuch as Article 7 does not confer an additional right on a State. But is it conceivable that a right recognized by general international law and confirmed by an international convention would cease to exist altogether and no longer be entitled to protection as a result merely of its confirmation, which, on the contrary, would, it appears, strengthen it? In truth, this line of reasoning is based on the implicit view that in this case the Court could only apply the 1971 Montreal Convention, to the exclusion of general international law, whereas, obviously, the Court's Statute and its general mission spontaneously oblige it to apply that law.

13. The Court indicates provisional measures only to the extent that the rights recognized *prima facie* are threatened with disappearance. In the present case it does not appear necessary to dwell at great length on the irreparable nature of the prejudice that would result from the disappearance of these rights before the Court's decision on the merits. If the Applicant State is subjected to coercive measures, irrespective of their nature, with a view to bringing about its consent to the extradition of its nationals, notwithstanding that express provisions of its constitution or its laws prohibit it from doing so, can this mean anything other than that it has been compelled to waive a right recognized *prima facie* and that it has been forced to violate its own legislation? It is therefore clear that if this right is not protected by provisional measures, the possibility that it may disappear purely and simply cannot be rejected, so that, from this viewpoint, the prejudice would be irreparable in that the right that has been lost could not thereafter be restored. The threat of disappearance of this right was so real that it subsequently became a reality with the adoption of resolution 748 (1992), which in effect put an end to it!

14. As regards the question of urgency, which is another element the case-law of the Court traditionally takes into account in deciding whether or not to indicate provisional measures, it is abundantly clear that this urgency does exist in the case in point. Libya is asked to reply "immediately", or "without any further delay" to the requests of the two Respondent States, particularly as regards the extradition of its nationals.

15. On the basis of all the foregoing, I have reached the conclusion that all the conditions exist in the present case for the Court to indicate provisional measures. There is no doubt that this power, which the Court enjoys under Article 41 of its Statute, is wholly discretionary and that the Court must undertake an independent assessment of the "circumstances" in

« exigent » l'indication de mesures conservatoires. Mais cet examen est tout sauf arbitraire. Si la jurisprudence a progressivement dégagé les critères et conditions à remplir c'est précisément la preuve que son appréciation n'a pas ce caractère imprévisible et subjectif.

Et à supposer que les demandes de l'Etat requérant puissent encore paraître imprécises, il appartient à la Cour d'indiquer telles mesures conservatoires qui lui paraîtraient plus précises et plus conformes aux exigences de l'affaire et aux nécessités des circonstances. L'article 75, paragraphe 2, du Règlement de la Cour autorise celle-ci à « indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande ». Cet article ouvre donc à la Cour des possibilités très larges qui auraient même pu aller en la circonstance jusqu'à prescrire à l'Etat demandeur de placer les deux auteurs présumés de l'infraction sous l'autorité et la garde provisoires d'un Etat tiers, d'une organisation internationale ou régionale, ou même, pourquoi pas, sous l'autorité de la Cour...

* * *

16. La Cour n'a pas prescrit toutes mesures conservatoires que l'examen du dossier aurait dû, à mon avis, lui dicter et c'est pourquoi je reste réservé, bien à regret, à l'égard de sa décision. Il est vrai que le différend d'ordre juridique relatif à l'extradition et dont la Cour est saisie se trouve en relation avec un autre différend, traité politiquement par le Conseil de sécurité, et relatif plus largement à la responsabilité internationale de l'Etat demandeur. Et aux paragraphes 6 et 7 de la présente opinion je relevais l'existence d'un chevauchement ou d'une « zone grise » entre les compétences respectives du Conseil de sécurité et de la Cour internationale de Justice, dès lors que le Conseil a estimé nécessaire d'inclure dans ses demandes à la Libye celle de l'extradition dont la Cour s'occupe également. De fait les deux ordonnances de la Cour se bornent à prendre en compte la résolution 748 du 31 mars 1992 du Conseil de sécurité qui édicte des sanctions prenant effet le 15 avril contre l'Etat demandeur s'il n'a pas, entre autres choses, extradé ses deux ressortissants. Ainsi les deux ordonnances contiennent chacune un dispositif qui n'est rien d'autre qu'un rejet de la demande de mesures conservatoires. Ce rejet ne paraît pas découler des mérites propres du dossier et de la valeur intrinsèque de la requête, mais plutôt de considérations et de décisions extérieures au dossier, ce qui pourrait poser le problème de l'intégrité de la fonction judiciaire. Les deux ordonnances ne paraissent pas être l'expression du pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour de renoncer éventuellement à indiquer des mesures conservatoires; elles sont au contraire le résultat d'un pouvoir « lié » par une décision du Conseil de sécurité qui a porté, entre autres objets, sur l'objet même du différend d'ordre juridique soumis à la Cour.

* * *

order to ascertain whether they “require” the indication of provisional measures. But this examination is anything but arbitrary. If the case-law has gradually established the criteria and conditions which have to be fulfilled, here is the very proof that its appreciation does not possess this unpredictable and subjective character.

And even supposing the requests of the Applicant State still seemed imprecise, it is for the Court to indicate such provisional measures as it may deem to be more precise and more in conformity with the requirements of the case and the needs of the circumstances. Article 75, paragraph 2, of the Rules of Court authorizes the Court to “indicate measures that are in whole or in part other than those requested, or that ought to be taken or complied with by the party which has itself made the request”. This Article therefore gives to the Court very broad scope, which, in this case, might even have extended to ordering the Applicant State to place the two presumed authors of the offence under the provisional authority and custody of a third State, of an international or regional organization, or even, why not, under the authority of the Court . . .

* * *

16. The Court has not ordered any of the provisional measures that the examination of the case should, in my view, have dictated to it and this is why, regretfully, I continue to have reservations about its decision. It is true that the legal dispute concerning extradition and of which the Court is seised is related to another dispute, dealt with politically by the Security Council, and relating in a broader sense to the international responsibility of the Applicant State. And in paragraphs 6 and 7 of this opinion, I pointed to the existence of an overlapping or “grey area” between the respective competences of the Security Council and the International Court of Justice, since the Council found it necessary to include in its requests to Libya a request for extradition, with which the Court is also dealing. In fact, the two Orders of the Court are limited to taking account of Security Council resolution 748 of 31 March 1992, which lays down sanctions taking effect against the Applicant State on 15 April if it has not, *inter alia*, extradited its two nationals. Hence, each of the two Orders contains an operative paragraph which is nothing more than a rejection of the request for provisional measures. This rejection does not appear to stem from the actual merits of the case and the intrinsic value of the Application, but rather from considerations and decisions external to the case, which could pose the problem of the integrity of the legal function. The two Orders do not appear to be an expression of the Court’s discretionary power to refrain from indicating provisional measures; on the contrary, they are a result of a power “constrained” by a decision of the Security Council which, among other things, concerned the very object of the legal dispute submitted to the Court.

* * *

17. Un point de procédure doit d'abord être évoqué. Dans le traitement politique que le Conseil de sécurité était parfaitement en droit de donner à l'affaire plus large de la responsabilité internationale d'un Etat, le Conseil a adopté une résolution 731 du 21 janvier 1992 au titre du chapitre VI de la Charte et une résolution 748 du 31 mars 1992 au titre du chapitre VII. Il importe de savoir comment ces résolutions se situent par rapport au différend d'ordre juridique soumis à la Cour. Lorsque celle-ci fut saisie des requêtes libyennes le 3 mars, la première résolution 731 (1992) était intervenue et les parties en avaient largement débattu devant la Cour. Par contre la résolution 748 du 31 mars 1992 était hors dossier parce qu'elle n'avait pas encore d'existence juridique lorsque les débats furent clos devant la Cour le 28 mars 1992. Une résolution obligatoire de cette importance, notifiée à tous les Etats et opposable à chacun d'entre eux, était naturellement connue d'eux. Mais une chose est de connaître et même d'exécuter cette résolution, et autre chose est de la «faire valoir» devant une juridiction internationale. Faute d'une démarche procédurale formelle (et contradictoire) des Parties au différend, la Cour n'était pas obligée, semble-t-il, de tenir compte d'une résolution intervenue après la clôture des débats et de l'appliquer, en quelque sorte rétroactivement, au dossier qui lui avait été soumis. Néanmoins la Cour a jugé meilleur de prendre elle-même l'initiative de recueillir les observations des Parties sur ce point, en cours de délibéré. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur le bien-fondé de cette procédure, le fait est que la résolution 748 (1992), postérieure aux débats de la Cour, est entrée dans son prétoire.

* * *

18. C'est à juste titre, semble-t-il, que la Cour ne s'est à aucun moment laissé entraîner à se prononcer sur la validité du traitement que le Conseil de sécurité avait entendu donner à l'affaire de la responsabilité internationale d'un Etat pour activités terroristes, qui est plus large que le différend ici. Sans même avoir à évoquer le délicat problème de la compétence éventuelle de la Cour en matière de contentieux de la légalité des décisions du Conseil de sécurité, et sans même avoir à se souvenir qu'en tout état de cause l'exercice de cette éventuelle compétence serait prématuré dans la phase actuelle de demande en indication de mesures conservatoires, il suffit de ne pas perdre de vue que la Cour n'a nullement été saisie de ce vaste différend porté devant le Conseil de sécurité. La Cour s'est donc interdit à bon droit de contrôler le Conseil de sécurité dans son pouvoir exclusif d'appliquer à cette affaire un traitement politique, c'est-à-dire échappant aux normes et procédures applicables dans une institution judiciaire comme la Cour. Celle-ci, ne pouvant oublier, ni qu'elle n'est pas saisie, ni qu'elle se trouve, de surcroît, dans une phase où elle s'interdit de trancher au fond, ne peut pas appliquer ses critères juridiques pour apprécier en quoi que ce soit la légalité de ce traitement politique, même si l'on

17. A procedural point needs to be made at the outset. Within the context of the political approach that the Security Council was perfectly entitled to adopt in dealing with the wider case of the international responsibility of a State, the Council adopted resolution 731 of 21 January 1992 under Chapter VI of the Charter and resolution 748 of 31 March 1992 under Chapter VII. It is important to establish the relationship between these resolutions and the legal dispute submitted to the Court. When the Court was seised of the Libyan Applications on 3 March, resolution 731 (1992), the first one, had already been adopted and the Parties had discussed it at length before the Court. Resolution 748 of 31 March 1992, on the other hand, was outside the purview of the case since it did not yet have any legal existence when the proceedings before the Court came to an end on 28 March 1992. A binding resolution of such importance, which had been notified to all States and was opposable to each of them, was naturally known to them. But it is one thing to know of that resolution and even to implement it, and another to "rely" on it before an international court. Unless formal (and adversary) procedures were instituted by the Parties to the dispute, the Court, it would appear, was not obliged to take into account a resolution passed after the closure of the proceedings and to apply it, retroactively as it were, to the case which had been submitted to it. The Court nevertheless deemed it better itself to take the initiative of eliciting the observations of the Parties on this point, during the deliberations. Regardless of the opinion one may have on the merits of this procedure, the fact is that resolution 748 (1992), which was adopted subsequent to the closure of the oral proceedings before the Court, was considered by it.

* * *

18. It seems that the Court was right not to allow itself at any time to be tempted to pronounce on the validity of the way the Security Council had intended to deal with the case of the international responsibility of a State for terrorist activities, which is wider than the dispute here. Leaving aside the thorny problem of the possible jurisdiction of the Court as regards contentious proceedings on the legality of the decisions of the Security Council, and also the fact that, in any case, the exercise of this possible jurisdiction would be premature at the present stage of a request for the indication of provisional measures, all that needs to be borne in mind is that the Court has not been seised of this vast dispute, brought before the Security Council. The Court was therefore right to refrain from reviewing the exercise by the Security Council of its exclusive power to deal with this case politically, that is to say, without regard to the norms and procedures applicable in a judicial institution such as the Court. Since the Court is unable to forget that it has not been seised, or, moreover, that it finds itself at a stage where it is refraining from dealing with the merits, it cannot apply its judicial criteria in order to assess in any way the legality of this political way of dealing with the matter, even if the view is held that at least

est d'avis qu'au moins deux faits devaient inviter le Conseil de sécurité à une particulière prudence avant de condamner l'Etat libyen : d'une part l'enquête policière semblait avoir longtemps hésité entre diverses autres pistes et d'autre part la résolution 41/38 du 20 novembre 1986 de l'Assemblée générale avait mis après coup hors de cause l'Etat libyen pour des actes illicites qui lui valurent cependant en 1986 le bombardement de son territoire à Tripoli et à Benghazi.

19. Il reste que la Cour a refusé, de manière irréprochable, de suivre une des Parties dans la critique de l'action du Conseil de sécurité qui n'avait pas songé à demander un avis consultatif à la Cour susceptible de l'éclairer avant d'adopter la résolution 731 du 21 janvier 1992. On peut regretter cette abstention du Conseil, mais aucune disposition de la Charte ne fait hélas ! de la consultation de la Cour un acte obligatoire. Tout a montré au contraire que le Conseil entendait appliquer de bout en bout un traitement politique à une affaire politique, alors que

« la Cour ... a conçu sa compétence en matière consultative comme une fonction judiciaire et, dans l'exercice de cette compétence, elle s'est tenue dans les limites propres à l'action judiciaire. Elle a agi non pas comme une « académie de juristes » mais comme une « magistrature » responsable » (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 511).

De même il n'était pas possible d'exercer un contrôle judiciaire du Conseil lorsque celui-ci, en adoptant sa résolution 731 (1992), s'était placé résolument dans le cadre du chapitre VI de la Charte relatif au règlement pacifique des différends, mais avait préféré certaines méthodes de règlement à d'autres. C'est ainsi qu'il n'a pas encouragé les Etats qui l'ont saisi à s'adresser à la Cour, alors même que l'article 36, paragraphe 3, de la Charte lui faisait, semble-t-il, un certain devoir de

« tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour ».

20. De même, on ne voyait pas comment le Conseil de sécurité pouvait être censuré pour être passé du chapitre VI avec la résolution 731 (1992) au chapitre VII avec la résolution 748 (1992) et pour avoir ainsi qualifié discrétionnairement une situation comme susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales. L'on sait cependant que dans l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* certains juges s'étaient élevés contre la manière dont le Conseil de sécurité a exercé son pouvoir discrétionnaire de traiter une « situation ... en relation avec le maintien de la paix et de la sécurité internationales » (*C.I.J. Recueil 1971*, opinion dissidente de M. Gros, p. 340, par. 34) :

two facts should have prompted the Security Council to be especially circumspect about condemning Libya: on the one hand, the police enquiry seemed to have hesitated for a long time between a number of other avenues and, on the other hand, General Assembly resolution 41/38 of 20 November 1986 had cleared Libya, after the event, of unlawful acts for which, however, it paid in 1986 by the bombing of its territory at Tripoli and Benghazi.

19. The fact remains that the Court has refused, in a manner quite beyond reproach, to follow one of the Parties in criticizing the action of the Security Council, which had not considered requesting the Court for an Advisory Opinion that could have provided it with guidance before the adoption of resolution 731 of 21 January 1992. The fact that the Council refrained from doing this may be regrettable, but there is, alas, no provision in the Charter making it mandatory to consult the Court. On the contrary, everything indicated that the Council intended throughout to deal politically with a political case, whereas

“the Court . . . has conceived of its advisory jurisdiction as a judicial function, and in its exercise of this jurisdiction it has kept within the limits which characterize judicial action. It has acted not as an ‘academy of jurists’ but as a responsible ‘magistrature’” (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 511).

By the same token, it was not possible to exercise a judicial review of the Council’s action when, by adopting its resolution 731 (1992), it had placed itself firmly within the bounds of Chapter VI of the Charter relating to the peaceful settlement of disputes, but had shown a preference for certain methods of settlement over others. Thus, it did not encourage the States which had seised it to refer the matter to the Court, whereas Article 36, paragraph 3, of the Charter apparently imposed upon it a certain duty to

“take into consideration that legal disputes should as a general rule be referred by the parties to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court”.

20. Similarly, it is hard to see how the Security Council could be censured for having moved from Chapter VI, under which resolution 731 (1992) was adopted, to Chapter VII, the basis of resolution 748 (1992), thus discretionarily characterizing a situation as likely to threaten international peace and security. However, we know that, in the case of the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, certain judges had objected to the way the Security Council had exercised its discretionary power to deal with a “situation . . . under the head of the maintenance of international peace and security” (*I.C.J. Reports 1971*, dissenting opinion of Judge Gros, p. 340, para. 34):

« c'est une nouvelle tentative pour modifier les principes de la Charte sur les pouvoirs reconnus par les Etats aux organes qu'ils instituèrent. Il ne suffit pas de dire qu'une affaire a un «écho» sur le maintien de la paix pour que le Conseil de sécurité se transforme en gouvernement mondial. »

De même un autre juge déclarait en la même affaire, à propos de l'article 24 de la Charte, que celui-ci

« ne limite pas les *cas* où le Conseil de sécurité peut agir pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité, étant entendu que la menace invoquée ne doit être ni une simple fiction ni un prétexte » (*C.I.J. Recueil 1971*, opinion dissidente de sir Gerald Fitzmaurice, p. 293, par. 112).

Et le même juge ajoutait plus loin que certaines

« limitations aux pouvoirs du Conseil de sécurité sont nécessaires car il n'est que trop facile de présenter une situation internationale qui fait l'objet de vives controverses comme impliquant une menace latente contre la paix et la sécurité, même si elle est trop éloignée pour paraître authentique. Sans ces limitations, les fonctions du Conseil de sécurité pourraient être utilisées à des fins qui n'ont jamais été prévues à l'origine... [I]l n'existait aucune menace contre la paix ou la sécurité autre que celle qui pouvait être suscitée artificiellement et comme prétexte à atteindre des objectifs inavoués. » (*Ibid.*, p. 294, par. 116.)

21. Ces opinions appaurent au moment où la Cour devait débattre des conséquences attachées à la révocation du mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie, décidée par l'Assemblée générale et « confirmée » par le Conseil de sécurité. Ce qui importe ici n'est pas bien entendu le cas en lui-même, mais le débat, symptomatique et actuel, qui s'est instauré sur *les limites* susceptibles d'être assignées à l'action du Conseil de sécurité et sur le souci exprimé par certains juges d'éviter qu'« il excède ses pouvoirs » (*ibid.*, opinion dissidente Fitzmaurice, p. 295, par. 116 *in fine*). D'une manière générale, la question de la validité des résolutions des organes principaux des Nations Unies au regard de la Charte et/ou du droit international a fait l'objet de nombreux travaux et de grands auteurs se sont interrogés par le passé sur la légalité de certaines d'entre elles (voir par exemple Hans Kelsen, *The Law of United Nations*, Londres, 1951, p. 195, 197 et suiv., 287 et suiv, et *passim*). Mais en la présente circonstance, comment la Cour, qui n'est pas saisie du différend plus large, peut-elle contester que le Conseil de sécurité est maître de la qualification des situations internationales et qu'il peut se placer sur le terrain du chapitre VII de la Charte, même s'il peut paraître déroutant à plus d'un que l'horrible attentat de Lockerbie est vu *aujourd'hui* comme une menace *pressante* à la paix internationale alors qu'il s'est produit *il y a plus de trois ans*?

* * *

“that is another attempt to modify the principles of the Charter as regards the powers vested by States in the organs they instituted. To assert that a matter may have a distant repercussion on the maintenance of peace is not enough to turn the Security Council into a world government.”

Another judge also stated in the same case, in relation to Article 24 of the Charter, that it

“does not limit the *occasions* on which the Security Council can act in the preservation of peace and security, provided the threat said to be involved is not a mere figment or pretext” (*I.C.J. Reports 1971*, dissenting opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice, p. 293, para. 112).

Further on, the same judge added that certain

“limitations on the powers of the Security Council are necessary because of the all too great ease with which any acutely controversial international situation can be represented as involving a latent threat to peace and security, even where it is really too remote genuinely to constitute one. Without these limitations, the functions of the Security Council could be used for purposes never originally intended . . . [There was] no threat to peace and security other than such as might be artificially created as a pretext for the realization of ulterior purposes.” (*Ibid.*, p. 294, para. 116.)

21. These opinions appeared at a time when the Court was to discuss the consequences of the termination of South Africa’s mandate over Namibia, decided upon by the General Assembly and “confirmed” by the Security Council. What matters here is obviously not the case in itself, but the discussion, symptomatic as well as topical, set in motion concerning *the limits* which can be assigned to the action of the Security Council and the desire expressed by certain judges to avoid a situation where it “exceeds its competence” (*ibid.*, dissenting opinion Fitzmaurice, p. 295, para. 116 *in fine*). Generally speaking, the question of the validity of the resolutions of the principal United Nations organs with respect to the Charter and/or international law has been the subject of numerous studies and prestigious authors have, in the past, questioned the legality of some of these resolutions (see, for example, Hans Kelsen, *The Law of United Nations*, London, 1951, pp. 195, 197 *et seq.*, 287 *et seq.* and *passim*). But in the present case, how can the Court, which is not seised of the wider dispute, dispute the fact that the Security Council is responsible for qualifying international situations and that it can place itself within the purview of Chapter VII of the Charter, even if no small number of people may find it disconcerting that the horrific Lockerbie bombing should be seen *today* as an *urgent* threat to international peace when it took place *over three years ago*?

* * *

22. Si l'on garde donc à l'esprit la distinction simple mais essentielle établie au début de la présente opinion, entre le différend juridique bien précis soumis à la Cour et le différend politique plus vaste porté devant le Conseil de sécurité, on comprend parfaitement que la Cour ne puisse que s'interdire, par fonction et par attribution, de connaître de quelque aspect que ce soit des solutions politiques apportées par le Conseil de sécurité. Cette attitude de la Cour reste défendable *pour aussi longtemps* qu'aucun élément de ces solutions politiques du Conseil ne vienne écarter, interdire ou rendre impossible la solution juridique attendue de la Cour. Il est clair que dans ce cas c'est la fonction judiciaire qui serait atteinte dans sa raison d'être. C'est ce qui se produit ici dans la zone de chevauchement des deux différends où la question de l'extradition de deux individus reçoit du Conseil une solution qui prive de tout sens la solution de la Cour.

23. Une telle situation, dans laquelle la Cour aurait dû indiquer des mesures conservatoires au seul vu de la valeur propre du dossier pour protéger un droit que le Conseil de sécurité annihile par sa résolution 748 (1992) alors que l'affaire est *sub judice*, n'est pas satisfaisante pour la fonction judiciaire. Elle l'est encore moins lorsque l'un des deux Etats défendeurs, les Etats-Unis d'Amérique, demande à la Cour de renoncer purement et simplement à exercer son devoir judiciaire et de s'incliner devant le Conseil de sécurité « pour éviter d'entrer en conflit » avec lui. Dans une lettre du 7 avril 1992, l'agent du Gouvernement américain, en réponse à la lettre du 4 avril par laquelle la Cour invitait l'Etat défendeur à formuler ses observations éventuelles sur les conséquences de la résolution 748 (1992) sur la présente procédure, avait en effet déclaré que « *pour éviter tout conflit avec le Conseil de sécurité, la Cour devrait rejeter la demande en indication de mesures conservatoires en l'espèce* » (les italiques sont de moi). Un des conseils des Etats-Unis ne réclamait pas autre chose de la Cour durant les audiences, c'est-à-dire *avant même que la résolution 748 (1992) n'intervienne*: « La Cour, a-t-il déclaré, *doit examiner si son action risque d'entrer en conflit avec les mesures que le Conseil a adoptées ou envisage actuellement...* » (Audience publique du 27 mars 1992, CR 92/4, p. 67; les italiques sont de moi.) De telles invitations faites clairement à la Cour de renoncer à l'exercice indépendant de sa fonction judiciaire laissent perplexe. En d'autres temps, le Conseil de sécurité attendait la décision de la Cour. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, le Conseil, saisi en 1951 par le Royaume-Uni qui lui demandait de prendre des mesures contre l'Iran, avait repoussé la discussion jusqu'à la décision de la Cour. Aujourd'hui encore, au sein du Conseil de sécurité, plusieurs Etats membres, qu'ils aient ou non voté pour les résolutions 731 (1992) et 748 (1992), ont exprimé leur conviction profonde qu'il est nécessaire de laisser la Cour accomplir sa mission et de fait ils attendent de la Cour qu'elle exprime la légalité internationale.

* * *

22. Hence, if the simple but essential distinction made at the beginning of this opinion is borne in mind, between the quite specific juridical dispute submitted to the Court and the much wider political dispute brought before the Security Council, it becomes perfectly understandable that, given its functions and powers, the Court has no alternative but to refrain from entertaining any aspect whatever of the political solutions arrived at by the Security Council. The Court's attitude in this respect continues to be defensible *so long as* no aspect of these political solutions adopted by the Council sets aside, rules out or renders impossible the juridical solution expected of the Court. It is clear that, in this case, it is the judicial function itself which would be impaired. Indeed, this is what is happening here in the area where these two disputes overlap, where the solution arrived at by the Council to the question of the extradition of two individuals deprives a solution found by the Court of all meaning.

23. Such a situation, in which, on the basis of the inherent validity of the case, the Court should have indicated provisional measures solely in order to protect a right that the Security Council annihilates by its resolution 748 (1992) when the case is *sub judice*, is not satisfactory for the judicial function. It is even less so when one of the two Respondents, the United States of America, asks the Court quite simply to refrain from exercising its judicial duty and to bow to the Security Council "in order to avoid any conflict" with it. In a letter of 7 April 1992, the Agent of the United States of America, in reply to the letter of 4 April by which the Court invited the Respondent to make observations on the consequences of resolution 748 (1992) for the present proceedings, had stated that "*in order to avoid any conflict with the Security Council the Court should decline the request to indicate provisional measures in this case*" (emphasis added). Precisely the same thing was demanded of the Court by one of the United States counsel during the hearings, that is to say, *before resolution 748 (1992) came into force*. "The Court", he said, "*ought to examine whether its actions would conflict with the actions that the Council has taken or is considering . . .*" (Public Sitting of 27 March 1992, CR 92/4, p. 67; emphasis added). Such invitations clearly made to the Court to refrain from exercising its judicial function independently are puzzling. In the past the Security Council awaited the Court's decision. In the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, the Council, before which the matter had been brought in 1951 by the United Kingdom, which was asking it to take measures against Iran, postponed discussion until the Court's decision. Also today, in the Security Council, a number of member States, whether or not they voted for resolutions 731 (1992) and 748 (1992), have expressed their deep conviction that it is necessary to allow the Court to perform its task and, in fact, they are expecting the Court to lay down international legality.

* * *

24. La résolution 748 du 31 mars 1992 du Conseil de sécurité dispose en son paragraphe 1 « que le Gouvernement libyen doit désormais appliquer sans le moindre délai le paragraphe 3 de la résolution 731 (1992) concernant les demandes » que les deux Etats défendeurs lui avaient faites et en particulier la demande d'extradition qui fait tout l'objet de la présente procédure. Le « conflit » est là. Au cours des audiences, l'Etat requérant avait posé en termes généraux la question de la validité constitutionnelle de la résolution 731 du 21 janvier 1992 déjà, la résolution 748 (1992) n'étant pas encore intervenue (audience publique du 26 mars 1992 (matin)). Cette question de validité risque de poser deux problèmes considérables, sérieux et complexes à la fois, qui sont de savoir si le Conseil de sécurité doit, dans son action, premièrement respecter la Charte des Nations Unies et deuxièmement respecter le droit international général.

25. Le premier problème est peut-être le moins difficile des deux. En simplifiant beaucoup, on pourrait dire qu'il ne serait pas déraisonnable d'affirmer que le Conseil de sécurité doit obéir à la Charte d'une part parce que c'est l'acte auquel il doit jusqu'à son existence et d'autre part et surtout parce qu'il est au service de cette Charte et de l'Organisation des Nations Unies. Les travaux préparatoires de la Conférence de San Francisco ont montré combien l'on était préoccupé par ce problème et il s'en dégage que l'esprit de la Charte est bien d'empêcher le Conseil de sécurité de s'affranchir en quoi que ce soit de cette Charte.

Mais en plus de son esprit, le texte même de la Charte va dans le même sens. L'article 24, paragraphe 2, de la Charte dispose expressément que : « Dans l'accomplissement de [ses] devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. » L'une des questions qui se poseraient alors serait de savoir si un organe peut agir de telle manière à rendre impossible la mission de l'autre. Et cela vaut du reste autant pour le Conseil de sécurité que pour la Cour elle-même, tant il est vrai que la Charte prescrit à chacun des organes des Nations Unies de s'acquitter pleinement de sa mission et de n'en abdiquer aucune parcelle pour concourir à la réalisation des buts et principes des Nations Unies. Or l'article 92 de la Charte dispose que la Cour est l'organe judiciaire principal des Nations Unies et l'article 36 de son Statut, qui est partie intégrante de la Charte, confère à la Cour le pouvoir de régler « tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité ; b) tout point de droit international ; ... »

26. Quant au second problème concernant le respect du droit international par le Conseil de sécurité, il est plus aigu. Lorsque l'article 24 de la Charte, cité ci-dessus, fait devoir au Conseil de se conformer aux « buts et principes des Nations Unies », cela nous renvoie à l'article 1, paragraphe 1, de celle-ci qui précise que la démarche du Conseil de sécurité (car il s'agit de lui essentiellement dans le contexte de cet article) doit s'ordonner « conformément aux principes de la justice et du droit international ». Certes le Conseil doit obéir aux « principes de la justice », expression relativement vague, au même titre qu'il doit aussi d'ailleurs être inspiré par d'autres principes, politiques ou autres ; mais l'essentiel qui

24. Security Council resolution 748 of 31 March 1992 states, in paragraph 1, “that the Libyan Government must now comply without any further delay with paragraph 3 of resolution 731 (1992) regarding the requests” that the two Respondents had made to it and, in particular, the request for extradition, which is the whole subject of the present proceedings. This is where the “conflict” lies. During the hearings, the Applicant State had already raised the question of the constitutional validity of resolution 731 of 21 January 1992 in general terms, resolution 748 (1992) not yet having come into force (Public Sitting of 26 March 1992 (morning)). This question of validity is liable to raise two major problems, at once serious and complex, namely, whether the Security Council should, in its action, firstly respect the United Nations Charter and secondly respect general international law.

25. The first problem is perhaps the less difficult of the two. Simplifying a great deal, one could say that it would not be unreasonable to state that the Security Council must respect the Charter, on the one hand because it is the act to which it owes its very existence and also and above all because it serves this Charter and the United Nations Organization. The *travaux préparatoires* of the San Francisco Conference showed the degree of concern aroused by this problem and it transpires therefrom that the spirit of the Charter is indeed to prevent the Security Council from diverging in any way at all from that Charter.

But over and above the spirit of the Charter, the actual text points the same way. Article 24, paragraph 2, of the Charter expressly states that “in discharging [its] duties, the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations”. In that case, one of the questions which would arise would be whether one organ can act in a way which renders the role of the other impossible. And this applies as much to the Security Council as to the Court itself, inasmuch as it is true that the Charter lays down that each of the United Nations organs should carry out its task fully, and not abdicate any part of it, in order to assist in the accomplishment of the purposes and principles of the United Nations. Now, Article 92 of the Charter states that the Court is the principal judicial organ of the United Nations and Article 36 of the Court’s Statute, which is an integral part of the Charter, confers upon the Court the power to settle “all legal disputes concerning: (a) the interpretation of a treaty; (b) any question of international law; . . .”.

26. The second problem, relating to respect for international law by the Security Council, is a more acute one. In laying down that the Council shall act in accordance with the “Purposes and Principles of the United Nations”, Article 24 of the Charter (which I have already cited) refers to Article 1, paragraph 1, which provides that the action of the Security Council (as that is essentially what is referred to in the context of that Article) is to take measures “in conformity with the principles of justice and international law”. Of course, the Council must act in accordance with the “principles of justice” — a relatively vague expression — just as it should also draw inspiration from other principles of a political or other nature.

nous concerne ici n'est-il pas qu'il est tenu de respecter « les principes du droit international », expression plus précise pour les internationalistes ? Parlant d'un principe de droit international, un ancien juge de la Cour, sir Gerald Fitzmaurice, déclarait :

« C'est là un principe de droit international solidement établi — *et le Conseil de sécurité y est tout aussi soumis* (car les Nations Unies sont elles-mêmes un sujet du droit international) que n'importe lequel des Etats Membres. » (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, opinion dissidente, p. 294, par. 115; les itali-ques sont de moi.*)

27. Mais pour autant que la question de la validité de la résolution 731 (1992) et surtout de la résolution 748 (1992) se poserait au regard de la Charte ou du droit international, il convient de tenir compte là aussi du fait que la Cour ne peut pas, à ce stade préliminaire de la procédure, se prononcer sur des questions de substance des deux affaires. De sorte que la situation doit, à mon avis, se résumer comme suit : d'un côté j'estime que les droits allégués par la Libye existent *prima facie* et que toutes les conditions habituellement mises par la Cour pour indiquer des mesures conservatoires sont remplies en l'espèce pour que ces droits puissent être sauvegardés conformément à l'article 41 du Statut de la Cour. Et c'est sur ce point que je suis réservé à l'égard des deux ordonnances de la Cour. Encore que celle-ci n'a pas écarté complètement dans ses motifs la possibilité d'indiquer des mesures conservatoires, si l'on se réfère au paragraphe 40 de l'ordonnance (« quelle qu'ait été la situation avant l'adoption de [la] résolution [748 (1992)] »). Mais d'un autre côté, la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité a annihilé ces droits de la Libye, sans que l'on puisse en cette phase de mesures conservatoires, c'est-à-dire de préexamen *prima facie*, s'autoriser à trancher prématurément la question de fond concernant la validité constitutionnelle de cette résolution, de sorte qu'elle bénéficie d'une présomption de validité et qu'elle doit être tenue *prima facie* pour légale et obligatoire¹. Je suis donc sur ce second point d'accord avec la majorité de la Cour.

¹ Cela reste vrai, à moins de supposer que la résolution 748 (1992) a pour objet, ou pour effet, non pas de retirer un droit à l'Etat demandeur, mais d'empêcher la Cour elle-même de s'acquitter de la fonction judiciaire dont la Charte l'a investie, auquel cas l'on pourrait sérieusement s'interroger sur la légalité de cette résolution, même à ce stade des mesures conservatoires. Il serait en effet manifestement incompatible avec la Charte qu'un organe des Nations Unies empêche la Cour de remplir sa mission, ou la place en fait dans un état de subordination qui serait contraire au principe de la séparation et de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif au sein des Nations Unies.

However, is not the essential point of concern to us here the fact that the Council is bound to respect “the principles of international law”, an expression that holds a more precise meaning for international lawyers? A former judge of the Court, Sir Gerald Fitzmaurice, said with reference to such a principle that:

“This is a principle of international law that is as well-established as any there can be, — and *the Security Council is as much subject to it* (for the United Nations is itself a subject of international law) as any of its individual member States are.” (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, dissenting opinion, p. 294, para. 115; emphasis added.)

27. However, in so far as the question of the validity of resolution 731 (1992) and, more particularly, of resolution 748 (1992) may arise with respect to the Charter or with respect to international law, one also needs to take account of the fact that the Court cannot, at this preliminary stage of the proceedings, decide on substantive issues in the two cases. This means that the situation is, in my view, one that must be summed up as follows: on the one hand, I consider that the rights alleged by Libya do exist *prima facie* and that all the conditions normally laid down by the Court for the indication of provisional measures have been met in this case, so that those rights may be preserved in accordance with Article 41 of the Statute of the Court. Moreover, it is on this point that I have reservations about the two Orders of the Court — even though the Court, in its statement of reasoning, does not completely set aside the possibility of indicating provisional measures, judging from paragraph 40 of the Order (“whatever the situation previous to the adoption of that resolution [i.e., 748 (1992)]”). However, from another standpoint, Security Council resolution 748 (1992) has annihilated those rights of Libya, without it being possible for the Court, in this phase of provisional measures or, in other words, of a preliminary examination *prima facie*, to take it upon itself to give a premature decision on the substantive issue of the constitutional validity of that resolution, so that the resolution benefits from a presumption of validity and must be considered *prima facie* as both lawful and binding¹. I am accordingly in agreement with the majority of the Court on this second point.

¹ Unless one supposes that resolution 748 (1992) has as its object, or effect, not to withdraw a right from an Applicant State, but to prevent the exercise, by the Court itself, of the judicial function with which it has been invested by the Charter, in which case one might be led to ponder seriously over the lawfulness of that resolution, even at this stage of provisional measures. It would, indeed, be manifestly incompatible with the Charter for an organ of the United Nations to prevent the Court from accomplishing its mission, or for it actually to place the Court in a state of subordination which would be contrary to the principle of separation and independence of the judicial from the executive power, within the United Nations.

28. Ainsi, et comme l'a dit la Cour, la Libye, en tant qu'Etat membre des Nations Unies, paraît tenue d'accepter et d'appliquer la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité, réputée légale et obligatoire à ce stade de la procédure, même si l'article 25 de la Charte ne perd pas de vue la question de la conformité à cette Charte (dans une rédaction d'ailleurs ambiguë qui semble peut-être imposer cette conformité pour la résolution aussi bien que pour son acceptation par les Etats membres).

29. La situation ainsi caractérisée, avec des droits méritant d'être protégés par l'indication de mesures conservatoires, mais aussitôt abolis par une résolution du Conseil de sécurité méritant d'être tenue *prima facie* pour valide, ne rentre pas complètement dans le moule de l'article 103 de la Charte; elle en déborde légèrement. Cet article qui fait prévaloir les obligations en vertu de la Charte (ici le respect par la Libye de la résolution 748 (1992)) sur les obligations « en vertu de tout accord international » (ici la convention de Montréal de 1971), d'une part vise des « obligations » alors qu'il s'agit de « droits » allégués et protégés par des mesures conservatoires dans ma perspective, et d'autre part ne vise pas les droits qui peuvent avoir une source autre que conventionnelle et être tirés du droit international général.

30. Sous réserve de cette nuance, il est clair que la Cour ne pouvait que constater cette situation et dire qu'à ce stade de la procédure un tel « conflit » réglé par l'article 103 de la Charte aboutissait en fin de compte à rendre en fait sans effet utile l'indication de mesures conservatoires. Mais le dispositif des deux ordonnances se place au seuil de toute l'opération et décide que la Cour n'a pas, compte tenu des circonstances, à *exercer son pouvoir* d'indiquer des mesures conservatoires. La nuance que j'y apporte est que le dossier de l'affaire justifiait l'exercice effectif de ce pouvoir, tout en observant que ses *effets* avaient été nullifiés par la résolution 748 (1992). Je parviens donc concrètement au même résultat que la Cour, moyennant une tout autre démarche mais aussi avec cette nuance importante qui me fait non point rejeter la demande de mesures conservatoires mais plutôt déclarer ses *effets* disparus. Par ailleurs je partage l'opinion de la majorité selon laquelle d'une part la Cour

« n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits et le droit, et que sa décision doit laisser intact le droit des Parties de contester les faits et de faire valoir leurs moyens sur le fond » (par. 38)

et d'autre part qu'« une décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien aucune [des] question[s] [soulevées devant elle ... y compris la question relative à sa compétence pour connaître du fond] » et qu'elle « laisse intact le droit du Gouvernement libyen et celui du Gouvernement du Royaume-Uni de faire valoir leurs moyens en ces matières » (par. 42).

* * *

28. Accordingly, and as the Court has stated, Libya, as a Member State of the United Nations, appears bound to accept and apply Security Council resolution 748 (1992), which is taken to be lawful and binding at this stage of the proceedings, even though Article 25 of the Charter does not overlook the need for it to accord with the Charter (in an ambiguous form of words which may seem to impose that conformity with respect to both the resolution and its acceptance by Member States).

29. The situation thus characterized, with rights which deserve protection by the indication of provisional measures but have also been annihilated by a Security Council resolution that should be deemed *prima facie* to be valid, does not fall completely within the framework of Article 103 of the Charter, but in fact goes slightly beyond it. That Article, which gives precedence to obligations under the Charter (i.e., Libya's obligation to comply with resolution 748 (1992)) as compared to obligations "under any other international agreement" (here the 1971 Montreal Convention) is aimed at "obligations" — whereas we are dealing with alleged "rights" such as, in my view, are protected by provisional measures — and, in addition, does not cover such rights as may have other than conventional sources and be derived from general international law.

30. Subject to this minor nuance, it is clear that the Court could do no more than take note of that situation and hold that, at this stage of the proceedings, such a "conflict", governed by Article 103 of the Charter, would ultimately deprive the indication of provisional measures of any useful effect. However, the operative part of the two Orders places itself at the threshold of the whole matter and decides that the Court, in the circumstances of the case, is not required *to exercise its power* to indicate provisional measures. I take the rather different view that the facts of the case do indeed justify the effective exercise of that power, while I would point out that its *effects* have been nullified by resolution 748 (1992). This means that I arrive, concretely, at the same result as the Court, albeit by means of a quite different approach, but also with the important difference that I am not led to reject the request for provisional measures, but rather to say that its *effects* have ceased to exist. Moreover, I subscribe to the opinion of the majority, according to which the Court

"cannot make definitive findings either of fact or of law on the issues relating to the merits, and the right of the Parties to contest such issues at the stage of the merits must remain unaffected by the Court's decision" (para. 38)

and, in addition, "the decision given in these proceedings in no way prejudices any [of the] question[s] [raised before the Court . . . including the question relating to its jurisdiction to deal with the merits]", leaving "unaffected the rights of the Government of Libya and the Government of the United Kingdom to submit arguments in respect of any of these questions" (para. 42).

* * *

31. Cela dit, je voudrais revenir à mon opinion selon laquelle l'indication de mesures conservatoires aurait dû s'imposer à la Cour sur la base du dossier qui lui avait été soumis, même si ses *effets* ont pu être mis en échec par la résolution 748 (1992). Il y a lieu d'ajouter qu'à supposer même que la majorité ait conçu quelque doute, que je n'ai personnellement pas, sur la capacité de l'Etat requérant à avoir rempli telle ou telle condition nécessaire à l'indication de mesures conservatoires, il restait encore à la Cour la ressource d'indiquer elle-même *proprio motu* toute mesure conservatoire qu'elle aurait jugé plus appropriée que celles qui étaient sollicitées d'elle par l'Etat requérant. C'eût été conforme non seulement à l'article 41 de son Statut et à l'article 75 de son Règlement, mais encore à sa jurisprudence également. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, *mesures conservatoires*, il avait été jugé en effet que :

« indépendamment des demandes présentées par les parties en indication de mesures conservatoires, la Cour ou, par conséquent, la Chambre dispose en vertu de l'article 41 du Statut du *pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent* » (*ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 9, par. 18; les italiques sont de moi*).

32. C'est là une jurisprudence qui, au lieu de s'attacher à l'examen de chaque condition mise à l'indication de mesures conservatoires, privilégie une analyse globale des « circonstances » de l'affaire et, sur cette base, décide d'indiquer ces mesures en termes généraux d'exhortation faite à toutes les parties de ne pas aggraver ou étendre le différend. La mesure conservatoire prise ainsi en forme d'exhortation n'est nullement subordonnée à l'indication d'autres mesures conservatoires plus spécifiques. L'exhortation est une mesure indépendante et non nécessairement connexe ou liée à d'autres, de sorte qu'à supposer que la Cour aurait été fondée dans la présente affaire à considérer que telle ou telle condition fait défaut pour indiquer certaines mesures spécifiques, elle avait du moins la ressource de retenir une mesure générale indépendante en forme d'appel aux Parties à ne pas aggraver ou étendre le différend, ou encore d'exhortation à elles adressée de se rapprocher pour régler le différend de façon amiable, soit directement, soit par l'intermédiaire du Secrétariat général des Nations Unies et de celui de la Ligue arabe, comme c'est du reste ce qui se fait ces jours-ci.

33. C'est là toute la ressource largement offerte par la jurisprudence en l'affaire citée du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* et prolongée de manière intéressante par la récente jurisprudence en l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*. En cette dernière affaire, la Cour a d'abord rappelé sa jurisprudence des *Zones franches* conçue en ces termes :

31. That said, I would like to return to the opinion I expressed earlier that it should have been imperative for the Court to indicate provisional measures on the basis of the facts of the case submitted to it — even if the *effects* of that decision might have been negated by resolution 748 (1992). I would add that, even if the majority had been in some doubt — which I personally do not share — as to the capacity of the Applicant State to have satisfied one or the other prerequisite for the indication of provisional measures, the Court still had the option of itself indicating, *proprio motu*, any provisional measures which it might have considered more appropriate than those requested of it by the Applicant State. That would have been in conformity not only with Article 41 of the Statute and Article 75 of the Rules, but also with the Court's jurisprudence. Thus in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, *Provisional Measures*, the Court held that:

“independently of the requests submitted by the Parties for the indication of provisional measures, the Court or, accordingly, the chamber possesses by virtue of Article 41 of the Statute *the power to indicate provisional measures with a view to preventing the aggravation or extension of the dispute whenever it considers that circumstances so require*” (*Order of 10 January 1986, I.C.J. Reports 1986*, p. 9, para. 18; emphasis added).

32. This is a case-law which, instead of focusing on a review of each prerequisite to the indication of provisional measures, gives pride of place to a comprehensive analysis of the “circumstances” of the case, it being decided, on that basis, to indicate those measures in the general terms of an exhortation to all the parties not to aggravate or extend the dispute. The provisional measure thus taken, in the form of an exhortation, does not in any way depend upon the indication of other, more specific provisional measures. The exhortation is an independent measure which is not necessarily connected or linked to any others, so that, even though the Court might have been justified, in the present case, in finding that there had been a failure to satisfy a given prerequisite for the indication of certain specific measures, it at least had the option of indicating a general, independent measure, in the form of an appeal to the Parties to refrain from aggravating or extending the dispute or of an exhortation to them to collaborate in a search for settlement out of court, either directly or through the intermediary of the Secretariat of the United Nations or the Secretariat of the Arab League — which, moreover, is what is currently being attempted.

33. Such is the wide range of what is available in the relevant holding in the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*, which was extended, in an interesting fashion, by the recent decision in the case concerning *Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*. In the latter case, the Court began by recalling its decision in the *Free Zones* case, in which it had held that:

« le règlement judiciaire des conflits internationaux, en vue duquel la Cour est instituée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties; ... dès lors, il appartient à la Cour de faciliter, dans toute la mesure compatible avec son Statut, pareil règlement direct et amiable... » (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série A n° 22*, p. 13; voir aussi *Différend frontalier, C.I.J. Recueil 1986*, p. 577, par. 46.) »

Puis la Cour a ajouté ce qui suit :

« en attendant une décision de la Cour sur le fond, toute négociation entre les Parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait la bienvenue » (*Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 20, par. 35).

34. Une indication d'une mesure conservatoire de cette nature, au vu des circonstances graves de la présente affaire, n'aurait-elle pas constitué de surcroît une façon élégante de sortir de l'impasse créée par l'opposition entre d'une part les mesures conservatoires plus spécifiques qu'aurait dû prendre la Cour sur la base des demandes de l'Etat requérant et d'autre part la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité qui en aurait de toute manière annihilé les effets? Façon élégante de contourner la difficulté majeure, mais aussi façon très profitable, pour le bien de tous, d'aider au règlement dans une direction qu'il semble effectivement prendre...

Je regrette donc que la Cour n'ait pu indiquer des mesures conservatoires ni spécifiques à la demande de l'Etat requérant, ni générales *proprio motu*, pour apporter sa propre contribution positive au règlement du différend. Je ne puis donc, en fin de compte, que voter contre les deux ordonnances.

(Signé) Mohammed BEDJAOU.

“the judicial settlement of international disputes, with a view to which the Court has been established, is simply an alternative to the direct and friendly settlement of such disputes between the Parties; . . . consequently it is for the Court to facilitate, so far as is compatible with its Statute, such direct and friendly settlement . . .” (*Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 13; see also *Frontier Dispute, I.C.J. Reports 1986*, p. 577, para. 46.)”

The Court went on to say that:

“pending a decision of the Court on the merits, any negotiation between the Parties with a view to achieving a direct and friendly settlement is to be welcomed” (*Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark), Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 20, para. 35).

34. What is more, regard being had to the seriousness of the circumstances of this case, would not an indication of a provisional measure of that kind have been an elegant way of overcoming the deadlock brought about by the opposition between, on the one hand, the more specific provisional measures that the Court might have indicated on the basis of the Applicant’s requests and, on the other hand, Security Council resolution 748 (1992), which would, in any event, have negated them? It would have been an elegant way of getting around a major difficulty and, at the same time, a very advantageous way of promoting a settlement, for the good of all concerned, along lines that it in fact seems to be taking . . .

I accordingly regret that the Court was not able to indicate either specific provisional measures at the request of the Applicant State, or general measures *proprio motu*, in order to make its own positive contribution to the settlement of the dispute. It follows that, when all is said and done, my only course of action is to vote against the two Orders.

(Signed) Mohammed BEDJAOU.
