

## DISSENTING OPINION OF JUDGE EL-KOSHERI

1. To any human being, what happened over Lockerbie was a horrible event which requires that those responsible for it be punished and justice duly rendered in conformity with the applicable legal rules. With that end in view, the facts should be clearly established in their true chronological sequence in order to demonstrate the nature and scope of the case pending before the International Court of Justice, as well as to provide a clear distinction between the legal reality and the political aspects which are entrusted under the United Nations Charter to another principal organ of the international organization: the Security Council.

2. According to the documents filed in the present case, the first relevant factual element occurred on 14 November 1991, when a Grand Jury of the United States District Court for the District of Columbia handed down an indictment charging two Libyan nationals with causing a destructive device to be placed on board Pan Am flight 103, which device exploded and led to the crash at Lockerbie, Scotland. On the same day, the Lord Advocate of Scotland announced the issue of warrants for the arrest of the same two Libyan individuals, charging them with involvement in the destruction of Pan Am flight 103. Four days later, on 18 November 1991, the Libyan authorities issued a statement indicating that the indictment documents had been received and that, in accordance with the applicable rules, a Libyan Supreme Court Justice had already been assigned to investigate the charges; the statement also, *inter alia*, asserted the Libyan judiciary's readiness to co-operate with all legal authorities concerned in the United Kingdom and the United States.

3. On 27 November 1991, the Governments of the United States and the United Kingdom issued a joint declaration to the Government of Libya demanding, *inter alia*, the surrender for trial of the two individuals charged with the Lockerbie incident. On the following day, 28 November 1991, the Libyan Government issued a communiqué in which it was stated that the application made by the United States and the United Kingdom would be investigated by the competent Libyan authorities, who would deal with it seriously and in a manner that would respect the principles of international legality, including, on the one hand, Libya's sovereign rights and, on the other, the need to ensure justice both for the accused and for the victims. In the meantime, the Libyan investigating judge took steps to request the assistance of the authorities in the United Kingdom and the United States, offering to travel to these countries in order to review the evidence and to co-operate with his American and British counterparts.

## OPINION DISSIDENTE DE M. EL-KOSHERI

### *[Traduction]*

1. Pour tout être humain, ce qui s'est produit au-dessus de Lockerbie a été un événement horrible. Il faut que les responsables soient punis et que la justice soit dûment rendue conformément aux règles de droit applicables. Pour cela, il faut établir clairement les faits dans leur séquence chronologique véritable afin de démontrer la nature et la portée de l'affaire dont la Cour internationale de Justice est saisie et de bien distinguer entre la réalité juridique et les aspects politiques qui, en vertu de la Charte des Nations Unies, sont du ressort d'un autre organe principal de l'Organisation internationale : le Conseil de sécurité.

2. Selon les pièces déposées dans la présente affaire, le premier élément factuel pertinent date du 14 novembre 1991, date à laquelle un jury de mise en accusation du tribunal fédéral de première instance du district de Columbia a prononcé une inculpation accusant deux ressortissants libyens d'avoir fait placer à bord de l'appareil assurant le vol Pan Am 103 un dispositif qui a explosé et a provoqué la perte de l'appareil au-dessus de Lockerbie, en Ecosse. Le même jour, le procureur général d'Ecosse a annoncé qu'il avait été émis des mandats d'arrestation des deux mêmes Libyens, accusés d'être impliqués dans la destruction de l'appareil assurant le vol Pan Am 103. Quatre jours plus tard, le 18 novembre 1991, les autorités libyennes ont rendu publique une déclaration indiquant que les actes d'inculpation avaient été reçus et que, conformément aux règles applicables, un juge à la cour suprême de Libye avait déjà été nommé pour enquêter sur les accusations; cette déclaration indiquait aussi, entre autres, que les instances judiciaires libyennes étaient prêtes à coopérer avec toutes les autorités légales concernées au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

3. Le 27 novembre 1991, les Gouvernements des Etats-Unis et du Royaume-Uni ont publié une déclaration commune adressée au Gouvernement libyen dans laquelle ils demandaient, entre autres, que les deux individus accusés d'être responsables de l'incident de Lockerbie soient livrés pour être jugés. Le lendemain, le 28 novembre 1991, le Gouvernement libyen a publié un communiqué dans lequel il était dit que la demande présentée par les Etats-Unis et le Royaume-Uni ferait l'objet, de la part des autorités libyennes compétentes, d'une enquête qui serait menée avec tout le sérieux voulu et de manière à respecter les principes de la légalité internationale, y compris, d'une part, les droits souverains de la Libye et, d'autre part, la nécessité de veiller à ce que justice soit faite, tant pour les accusés que pour les victimes. Dans l'intervalle, le juge d'instruction libyen a pris des mesures pour demander l'assistance des autorités du Royaume-Uni et des Etats-Unis, en offrant de se rendre dans ces pays afin de prendre connaissance des éléments de preuve et de coopérer avec ses homologues américain et britannique.

4. Since these offers were either explicitly rejected in public (parliamentary debates) or ignored, remaining without response, two identical letters were addressed on 17 January 1992 to the United States Secretary of State and the British Secretary of State for Foreign Affairs. In these letters, the Secretary of the People's Committee for Foreign Liaison and International Co-operation drew the attention of his counterparts to the fact that Libya, the United States and the United Kingdom were all parties to the 1971 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, commonly known as the Montreal Convention. He then indicated that as soon as the charges had been made against the two accused, Libya had exercised its jurisdiction over them in accordance with Libyan national law and Article 5 (2) of the Montreal Convention. This was done by adopting certain measures to ascertain the presence in Libya of the accused, by instituting a preliminary enquiry into the matter and by notifying the States mentioned in Article 5 (1) of the Convention that the suspects were in custody. The letters went on to note that Article 5 (3) of the Montreal Convention did not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law and that, the alleged offenders being present in Libyan territory, Libya had, in accordance with Article 5 (2) of the Convention, taken the necessary measures to establish its own jurisdiction over the offenders characterized in Article 1 (1), subparagraphs (a), (b) and (c) and Article 1 (2). Recalling that Article 7 provided that the Contracting Party in whose territory the alleged offender is found shall, if it does not extradite him, submit the case to its own competent authorities for the purpose of prosecution, the two letters indicated that Libya had already submitted the case to its judicial authorities and that an examining magistrate had been appointed. The letters then observed that the judicial authorities of the United States and the United Kingdom had been requested to co-operate in the matter, but that there had been no official response to these requests. Instead, the United Kingdom and the United States had threatened Libya while not ruling out the use of armed force.

5. In these circumstances, and bearing in mind the provisions of Article 33 (1) of the United Nations Charter, the Libyan letters of 17 January 1992 called upon the United States and the United Kingdom to agree to an arbitration of the dispute in accordance with Article 14 (1) of the Montreal Convention and to meet with the representative of Libya as soon as possible in order to elaborate the details of such an arbitration (the English translation of the original Arabic text of these letters appears in Security Council document S/23441 as an Annex to the letter of 18 January 1992 from the Permanent Representative of Libya to the President of the Security Council requesting circulation thereof in connection with Libya's calls for the implementation of Article 14 of the Montreal Convention).

6. The above factual survey of the correspondence exchanged during

4. Ces offres ayant été rejetées explicitement et publiquement (débats parlementaires) ou bien ayant été ignorées et étant restées sans réponse, deux lettres identiques ont été adressées le 17 janvier 1992 au secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique et au secrétaire d'Etat aux affaires étrangères du Royaume-Uni. Dans ces lettres, le secrétaire du comité populaire pour les relations extérieures et la coopération internationale appelait l'attention de ses homologues sur le fait que tant la Libye que les Etats-Unis et le Royaume-Uni étaient parties à la convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, communément appelée convention de Montréal. Il indiquait ensuite que, dès que les accusations avaient été portées contre les deux intéressés, la Libye avait exercé sa juridiction à leur égard conformément au droit national libyen et à l'article 5, paragraphe 2, de la convention de Montréal. Pour cela, certaines mesures avaient été prises afin d'assurer la présence des accusés en Libye, une enquête préliminaire sur l'affaire avait été ouverte et les Etats visés à l'article 5, paragraphe 1, de la convention avaient été informés que les suspects étaient gardés à vue. Ces lettres ajoutaient que l'article 5, paragraphe 3, de la convention de Montréal n'excluait aucunement l'exercice d'une action pénale conformément au droit national et que, les auteurs présumés de l'infraction étant présents en territoire libyen, la Libye avait, conformément à l'article 5, paragraphe 2, de la convention, pris les mesures nécessaires pour établir sa propre compétence à leur égard conformément à l'article 1, paragraphe 1, alinéas *a*), *b*) et *c*), et à l'article 1, paragraphe 2. Rappelant qu'aux termes de l'article 7 l'Etat contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé d'une infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire à ses propres autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, les deux lettres indiquaient que la Libye avait déjà soumis l'affaire à ses autorités judiciaires et qu'un juge d'instruction avait été nommé. Enfin, ces lettres relevaient que la coopération des autorités judiciaires des Etats-Unis et du Royaume-Uni avait été demandée, mais qu'il n'y avait pas eu de réponse officielle à ces demandes. Au lieu de cela, le Royaume-Uni et les Etats-Unis avaient menacé la Libye, sans exclure l'usage de la force armée.

5. Dans ces circonstances, et tenant compte des dispositions de l'article 33, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies, la Libye a demandé aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, par ses lettres du 17 janvier 1992, de donner leur accord pour que le différend soit soumis à un arbitrage conformément à l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal, et de se réunir avec le représentant de la Libye le plus tôt possible pour élaborer les détails d'un tel arbitrage (la traduction du texte original arabe de ces lettres figure dans le document S/23441 du Conseil de sécurité, comme annexe à la lettre du 18 janvier 1992 par laquelle le représentant permanent de la Libye a demandé au Président du Conseil de sécurité de faire distribuer lesdites lettres en corrélation avec les demandes de la Libye tendant à l'application de l'article 14 de la convention de Montréal).

6. Cette récapitulation factuelle de la correspondance échangée entre

the period between 14 November 1991 and 18 January 1992 demonstrates beyond any doubt that prior to the adoption of Security Council resolution 731 (1992), Libya had not only invoked the need to arbitrate a dispute relating to the application and interpretation of the Montreal Convention in compliance with Article 14 (1) thereof but also informed the Security Council about the existence of that dispute in compliance with Article 33 (1) of the Charter (in Chapter VI) which requires that:

“The parties to any dispute, the continuance of which is likely to endanger the maintenance of international peace and security, shall first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice.”

7. The dispute referred to in the two letters of 17 January 1992 is precisely the one now submitted to the Court, which, by virtue of Article 92 of the United Nations Charter, is “the principal judicial organ of the United Nations” and thus exercises a function fundamentally different in nature and operating methods from that conferred upon the Security Council by Article 24 of the Charter. In essence, the Security Council is charged with “primary responsibility for the maintenance of international peace and security” (Art. 24, para. 1) and has in this respect to “act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations” (Art. 24, para. 2, which thus necessarily refers to Chapter I, entitled: “Purposes and Principles”, Arts. 1 and 2).

8. Accordingly, a basic distinction has to be drawn between the claimed “dispute” of a legal character which Libya submitted to the Court in the present proceedings, introduced on 3 March 1992, and the political issues pertaining to State-sponsored acts of terrorism commonly known as “State terrorism” (for the exact definition of “terrorisme d’Etat”, Judge Gilbert Guillaume justly indicated that this usually means: “la violence organisée par l’Etat lui-même, selon ses propres normes de droit, en vue de faire régner la terreur sur son territoire” (*Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye*, Vol. 215 (1989-III), p. 297), expressing his preference for distinguishing that type of unlawful activity from the “soutien apporté par les Etats aux activités terroristes” (*ibid.*, p. 299)). The undertaking to eliminate all forms of terrorism, whether by private persons and groups or in the form of State terrorism and State-sponsored terrorism, falls necessarily within the scope of the Security Council’s functions and powers. Thus Security Council resolutions 731 (1992) of 21 January 1992 and 748 (1992) adopted on 31 March 1992, mainly addressed the enquiry into Libya’s possible involvement in sponsoring terrorist activities such as those which led to the destruction of the Pan Am plane over Scotland in 1988 and the UTA plane over Niger in 1989.

le 14 novembre 1991 et le 18 janvier 1992 démontre indubitablement qu'avant l'adoption de la résolution 731 (1992) du Conseil de sécurité la Libye avait non seulement invoqué la nécessité de faire arbitrer un différend relatif à l'application et à l'interprétation de la convention de Montréal conformément à l'article 14, paragraphe 1, de celle-ci, mais avait aussi informé le Conseil de sécurité de l'existence de ce différend conformément à l'article 33, paragraphe 1 (du chapitre VI), de la Charte aux termes duquel :

« Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. »

7. Le différend mentionné dans les deux lettres du 17 janvier 1992 est exactement celui qui est maintenant devant la Cour, laquelle, en vertu de l'article 92 de la Charte des Nations Unies, est « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » et exerce ainsi une fonction fondamentalement différente, par sa nature et dans son mode d'action, de celle que l'article 24 de la Charte confère au Conseil de sécurité. Essentiellement, celui-ci est chargé de « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales » (art. 24, par. 1) et à cet égard il « agit conformément aux buts et principes des Nations Unies » (art. 24, par. 2, qui fait ainsi nécessairement référence au chapitre I, intitulé « Buts et principes », art. 1 et 2).

8. Par conséquent, une distinction fondamentale doit être faite entre le « différend » de caractère juridique invoqué par la Libye et porté par elle devant la Cour en la présente instance, introduite le 3 mars 1992, et les problèmes politiques liés aux actes de terrorisme soutenus par des Etats, communément appelés « terrorisme d'Etat » (pour préciser le sens de l'expression « terrorisme d'Etat », M. Gilbert Guillaume a très bien dit que cela signifie en général : « la violence organisée par l'Etat lui-même, selon ses propres normes de droit, en vue de faire régner la terreur sur son territoire » (*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 215 (1989-III), p. 297), en marquant une distinction entre ce type d'activité illicite et « le soutien apporté par les Etats aux activités terroristes » (*ibid.*, p. 299)). L'action visant à éliminer toutes les formes de terrorisme, qu'elles soient le fait de particuliers ou de groupes, ou qu'il s'agisse de terrorisme d'Etat ou de terrorisme soutenu par des Etats, relève nécessairement des fonctions et des pouvoirs du Conseil de sécurité. Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité 731 (1992) du 21 janvier 1992 et 748 (1992) adoptée le 31 mars 1992 visaient principalement à enquêter sur l'implication possible de la Libye dans le soutien d'activités terroristes telles que celles qui avaient conduit à la destruction de l'appareil de la Pan Am au-dessus de l'Ecosse en 1988 et de celui de l'UTA au-dessus du Niger en 1989.

9. Clearly, the case filed by Libya in the Registry of the Court on 3 March 1992 relates to "Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention", legal questions arising in relation to the aerial incident at Lockerbie, and this case remains the only matter submitted to the Court, since the two Respondent States (the United Kingdom and the United States of America) have not introduced any counter-claims pertaining to the alleged involvement of the Libyan Government in directing or assisting the two suspects and the State responsibility ensuing as a result thereof. The mere fact that the two suspects are civil servants in Libya does not automatically render them "organs" or "agents" for whose actions the Libyan Government become *ipso jure* internationally responsible. To establish such responsibility from a legal point of view, adequate evidence must be provided:

*First*: that the two suspects were truly the authors of that horrible massacre; and,  
*Second*: that they committed their crime upon orders from their governmental supervisors or at least with the knowledge and acquiescence of those persons.

Only then could the criminal activity in question be legally attributable to the Libyan Government, and State responsibility be established. In other words, unless the two basic elements indicated above are fulfilled the involvement of the Libyan Government remains an allegation without legal effects, and there can always be a certain degree of doubt about either the culpability of the two suspects or the involvement of the Libyan Government (as the persons concerned may, for whatever motives, have acted on their own initiative).

\* \* \*

10. Taking into account the above-stated basic legal premises, the relevance of Security Council resolutions 731 (1992) and 748 (1992) to the present court proceedings should be carefully analysed.

11. To begin with resolution 731, adopted on 21 January 1992, its wording and the discussion that took place during the meeting at which it was adopted (doc. S/PV. 3033) reveal that it constitutes a Chapter VII "recommendation" under Article 39 of the Charter, i.e., one pertaining to the maintenance of international peace and security.

12. The text of the resolution itself, as well as the interventions of those who participated in the debates, clearly indicates unanimous, general and deep concern at the "worldwide persistence of acts of international terrorism in all its forms", particularly "illegal activities directed against international civil aviation", and the Security Council's determination "to eliminate international terrorism". Specifically, with regard to the attacks carried out against Pan Am flight 103 and UTA flight 772, the Council

9. Manifestement, l'instance introduite par la Libye auprès du Greffe de la Cour le 3 mars 1992 a trait à des « questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 », à des questions juridiques en rapport avec l'incident aérien de Lockerbie, et c'est la seule question portée devant la Cour, puisque les deux Etats défendeurs (les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni) n'ont pas présenté de demandes reconventionnelles en rapport avec les allégations selon lesquelles le Gouvernement libyen aurait donné des instructions aux deux suspects ou les aurait aidés et avec la responsabilité d'Etat qui en résulterait. Le simple fait que les deux suspects sont fonctionnaires en Libye ne fait pas d'eux automatiquement des « organes » ou des « agents » dont les actes engageraient *ipso facto* la responsabilité internationale du Gouvernement libyen. Pour établir une telle responsabilité d'un point de vue juridique, il faut apporter des preuves suffisantes :

- premièrement* : que les deux suspects étaient vraiment les auteurs de cet horrible massacre; et,  
*deuxièmement* : qu'ils ont commis leur crime sur les ordres de leurs supérieurs dans la hiérarchie de l'Etat, ou du moins au su de ces personnes et avec leur acquiescement.

Alors seulement l'activité criminelle en question pourrait être imputée juridiquement au Gouvernement libyen et la responsabilité de cet Etat pourrait être établie. Autrement dit, à moins que les deux conditions fondamentales indiquées ci-dessus ne soient remplies, l'implication du Gouvernement libyen demeure une allégation sans effet juridique, et il peut toujours exister un certain doute au sujet soit de la culpabilité des deux suspects, soit de l'implication du Gouvernement libyen (puisque les personnes suspectées pourraient, quels que soient leurs motifs, avoir agi de leur propre initiative).

\* \* \*

10. Compte tenu des prémisses juridiques fondamentales rappelées ci-dessus, il convient d'analyser soigneusement l'effet des résolutions 731 (1992) et 748 (1992) du Conseil de sécurité sur la présente instance.

11. En ce qui concerne la résolution 731, adoptée le 21 janvier 1992, son libellé et le débat qui a eu lieu lors de son adoption (voir le document S/PV.3033) montrent qu'elle constitue, en vertu du chapitre VII, une « recommandation » au titre de l'article 39 de la Charte, c'est-à-dire qu'elle se rapporte au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

12. Le texte de la résolution elle-même, et les interventions de ceux qui ont participé au débat, reflètent clairement une préoccupation unanime, générale et profonde devant « la persistance, dans le monde entier, d'actes de terrorisme international sous toutes ses formes », notamment « les agissements illicites dirigés contre l'aviation civile internationale », ainsi que la détermination du Conseil de sécurité d'« éliminer le terrorisme international ». S'agissant plus particulièrement des attentats contre les vols

expresses a deep concern “over results of investigations, which implicate officials of the Libyan Government”, and after strongly deploring “the fact that the Libyan Government has not yet responded effectively to the above requests [of France, the United Kingdom and the United States of America] to co-operate fully in establishing responsibility for the terrorist acts” in question, the Council, in a key paragraph:

“3. *Urges* the Libyan Government immediately to provide a full and effective response to those requests so as to contribute to the elimination of international terrorism.”

13. By so acting, the Security Council politically condemned the Libyan Government in two ways:

- (i) by endorsing the requests of the three big Powers, which included the demand by two of them that the two Libyan suspects be surrendered;
- (ii) by considering that a full and effective response to those requests would contribute to the elimination of international terrorism, and thus conduce to the restoration of international peace and security.

14. At the same time, the Security Council totally ignored Libya’s plea regarding the pacific settlement under Chapter VI of the dispute already existing about the application and interpretation of the Montreal Convention, of which the President of the Security Council had, as previously mentioned, been informed on 18 January 1992. The Libyan delegate reiterated his country’s position in this respect during the 21 January meeting of the Security Council, stating:

“I repeat that the investigation in Libya has unfortunately not yet made any progress owing to the lack of cooperation on the part of other parties and their refusal to transmit the dossiers of their investigations. In practical terms, this can only mean either that no investigation was actually conducted or that, as we have noted, the investigation was grossly deficient.

I should like to state once again that this dispute is of a purely legal nature, which should lead the Council to recommend its settlement through the divers legal channels that are available, not only within the framework of the United Nations Charter but also under the provisions of more relevant international conventions, such as the aforementioned Montreal Convention of 1971. On the basis of that Convention, particularly its article 14, and to solve the question raised about a conflict of competence, my country has taken concrete and practical measures and, in official communications addressed to both the United States of America and the United Kingdom, has requested that the dispute be referred to arbitration. Today, before the Council, my country requests that both those countries be invited

Pan Am 103 et UTA 772, le Conseil se déclare profondément préoccupé « par ce qui résulte des enquêtes impliquant des fonctionnaires du Gouvernement libyen », et après avoir déploré vivement « le fait que le Gouvernement n'ait pas répondu effectivement à ce jour aux demandes ci-dessus [de la France, du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique] de coopérer pleinement pour l'établissement des responsabilités dans les actes terroristes » en question, le Conseil, dans un paragraphe décisif :

« 3. *Demande instamment* aux autorités libyennes d'apporter immédiatement une réponse complète et effective à ces demandes afin de contribuer à l'élimination du terrorisme international. »

13. En agissant ainsi, le Conseil de sécurité condamne politiquement le Gouvernement libyen de deux manières :

- i) en faisant siennes les demandes des trois grandes puissances, qui comprenaient, pour deux d'entre elles, l'exigence que les deux suspects libyens soient livrés ;
- ii) en considérant qu'une réponse complète et effective à ces demandes contribuerait à l'élimination du terrorisme international et conduirait ainsi au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

14. En même temps, le Conseil de sécurité n'a accordé aucune attention à la proposition de la Libye relative au règlement pacifique, dans le cadre du chapitre VI, du différend déjà existant au sujet de l'application et de l'interprétation de la convention de Montréal, dont le Président du Conseil de sécurité avait, comme on l'a vu, été informé le 18 janvier 1992. Le représentant de la Libye a exposé de nouveau la position de son pays à cet égard au cours de la séance que le Conseil de sécurité a tenue le 21 janvier. Il a déclaré ce qui suit :

« Je répète que l'enquête menée en Libye n'a malheureusement pas progressé faute de coopération de la part des autres parties et à cause de leur refus de nous communiquer les dossiers de leur enquête. En termes pratiques, cela ne peut signifier que deux choses : soit qu'aucune enquête n'a été réellement menée, soit, comme nous l'avons signalé, qu'il est flagrant que l'enquête était insatisfaisante.

Je voudrais déclarer, un fois de plus, qu'il s'agit là d'un différend de nature purement juridique qui devrait amener le Conseil de sécurité à recommander qu'il soit réglé par les diverses voies juridiques disponibles, non seulement dans le cadre de la Charte des Nations Unies, mais aussi dans celui des dispositions de conventions internationales plus pertinentes, telles que la convention de Montréal de 1971 que j'ai évoquée précédemment. Sur la base de cette convention et, en particulier, de son article 14, et afin de régler la question soulevée relative au conflit de compétence, mon pays a pris des mesures concrètes et pratiques et a demandé, dans des communications officielles adressées aussi bien aux Etats-Unis d'Amérique qu'au Royaume-Uni, de soumettre le différend à l'arbitrage. Aujourd'hui,

to enter promptly into negotiations with Libya on proceedings leading to arbitration and an arbitral panel. To ensure the speedy settlement of the dispute, we consider that a short and fixed deadline be set for those proceedings, after which, if no agreement is reached on arbitration, the matter would be brought before the International Court of Justice.

My country expresses its willingness to conclude immediately, with any of the parties concerned, an *ad hoc* agreement to have recourse to the International Court of Justice as soon as the short deadline for reaching agreement on arbitration expires, or at any other convenient and near date should the countries concerned agree to go beyond the arbitration stage and the proceedings of an arbitration panel.

In that light, how can this dispute be considered a political one? We do not believe that it is, for Chapter VI of the Charter also sets forth concrete methods of reaching a peaceful settlement. The Council has been guided by those methods in earlier instances. The matter should not be handled in the light of any considerations other than those set forth in the Charter. Libya has never threatened any country. It cannot behave in such a way as to endanger peace and security. Indeed, Libya is being threatened by super-Powers, just as armed aggression was unleashed against it in 1986. Libya is still being subjected to an economic boycott, disinformation campaigns and psychological pressure.

In conclusion, the legality of the Council's work is subject to its observance of the provisions of the Charter of the Organization and to its proper implementation of those provisions. It is inconceivable that this could be achieved through the participation of the parties to this dispute in the voting on the present draft resolution. To disregard the legal nature of the dispute and treat it as a political matter would constitute a flagrant violation of the explicit provisions of Article 27, paragraph 3, of the Charter.

The Council has two choices: it can respect the Charter and follow moral principles and international law, or it can respond to this unjust request by the United States of America and the United Kingdom, which want to use the Council as a cover for military and economic aggression against a small country that is striving to free itself from economic backwardness. We are fully confident that the members of the Council — indeed, all Members of the United Nations — will uphold the principles enshrined in the Charter and international law and respect the principles of justice and equity that my country is asking to be applied and abided by." (Provisional Verbatim Record of the Security Council meeting held on 21 January 1992, doc. S/PV.3033, pp. 22-25.)

devant le Conseil, mon pays demande que ces deux pays soient invités à ouvrir sans tarder des négociations avec la Libye sur la procédure à suivre en vue de l'arbitrage et de la constitution d'un jury d'arbitrage. Pour permettre un règlement rapide du différend, nous estimons qu'une date limite proche et définitive doit être fixée pour ces procédures, après quoi, si aucun accord n'intervient quant à l'arbitrage, la question pourrait être renvoyée devant la Cour internationale de Justice.

Mon pays est disposé à conclure immédiatement, avec toutes les parties intéressées, un accord de circonstance visant à saisir la Cour internationale de Justice dès l'expiration du court délai fixé pour conclure un accord en vue de l'arbitrage, ou à n'importe quelle autre date proche et appropriée, si les pays intéressés acceptent d'aller au-delà du stade de l'arbitrage et des délibérations d'un jury d'arbitrage.

Ceci étant, comment peut-on considérer ce différend comme un différend politique? Nous ne pensons pas qu'il le soit, puisque la Charte indique également, dans son chapitre VI, les moyens concrets de parvenir à un règlement pacifique des différends. Le Conseil s'est inspiré de ces méthodes précédemment. La question ne devrait pas être réglée autrement qu'à la lumière des considérations énoncées dans la Charte. La Libye n'a jamais menacé un quelconque pays. Elle ne peut se comporter de manière à compromettre la paix et la sécurité. En réalité, c'est la Libye qui est menacée par des superpuissances, tout comme elle a fait l'objet d'une agression armée en 1986. La Libye continue d'être assujettie à un boycottage économique, à des campagnes de désinformation et à des pressions psychologiques.

Je dirai pour terminer que la légalité des travaux de ce Conseil est fonction de son respect des dispositions de la Charte de l'Organisation et de l'application appropriée de ces dispositions. Il est inconcevable de mettre ce principe en application si les parties à ce différend participent au vote sur ce projet de résolution. Ignorer la nature juridique du conflit et le traiter comme une affaire politique constitueraient une violation flagrante des dispositions explicites du paragraphe 3 de l'article 27 de la Charte.

Le Conseil est en présence de deux choix: il peut respecter la Charte et se conformer aux principes moraux et au droit international, ou il peut se plier aux exigences injustes des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni qui cherchent à utiliser le Conseil pour couvrir une agression militaire et économique contre un petit pays en lutte pour se libérer de son retard économique. Nous sommes persuadés que les membres du Conseil et, en fait, tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies défendront les principes énoncés dans la Charte et le droit international et respecteront les principes de justice et d'équité que mon pays demande de respecter et d'appliquer. » (Procès-verbal provisoire de la séance du Conseil de sécurité tenue le 21 janvier 1992, doc. S/PV.3033, p. 22-25.)

15. The Security Council's avoidance of treating the legal aspects of the problem debated before the adoption of resolution 731 (1992) could have been due to various reasons, including a desire to exclude recourse to Article 27, paragraph 3, of the Charter, which would have prevented the United Kingdom and the United States of America from participating in the voting, since "in decisions under Chapter VI . . . a party to a dispute shall abstain from voting", or simply concern to remain in the political arena without dwelling on the legal issues raised by Libya, since they logically fell within the jurisdiction of the International Court of Justice.

16. Whatever may be the reasons, the issue of the application and interpretation of the Montreal Convention was clearly left outside the scope of resolution 731 (1992). Hence, when faced with a continuous negative attitude blocking the prospect of negotiations with the United Kingdom and the United States of America, whether with a view to amicable settlement or to the conclusion of an arbitration agreement as provided for in Article 14(1) of the Montreal Convention, Libya had no other alternative but to resort to the International Court of Justice in implementation of that same provision. In doing so, the Libyan Government lawfully exercised a right, and cannot be blamed for acting in that manner. It has become axiomatic to state that the unilateral invocation of the Court's jurisdiction should never be regarded as an unfriendly act, as witness the specific declaration issued by the Institut de droit international in 1959, to the effect that "recourse to the International Court of Justice or to another international court or arbitral tribunal can never be regarded as an unfriendly act towards the respondent State" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 48-II, 1959, p. 381), as well as paragraph 6 of United Nations General Assembly resolution 3232 (XXIX) of 12 November 1974, according to which: "recourse to judicial settlement of legal disputes, particularly referred to the International Court of Justice, should not be considered as an unfriendly act between States".

17. Moreover, on a number of occasions the legal aspects of a given dispute have been submitted to the International Court of Justice with requests to indicate provisional measures notwithstanding the fact that the political organs of the United Nations were seized with the other aspects of the same dispute (*Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*, *Interim Protection*, *I.C.J. Reports* 1951, pp. 89-98; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, *Provisional Measures*, *I.C.J. Reports* 1979, pp. 7-21; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Provisional Measures*, *I.C.J. Reports* 1984, pp. 169-207; *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, *Interim Protection*, *I.C.J. Reports* 1976, pp. 3-40).

18. Such parallel co-existence once permitted Judge Petrén to emphasize: "The natural distribution of roles as between the principal judicial

15. Le fait que le Conseil de sécurité se soit abstenu de traiter les aspects juridiques du problème avant l'adoption de la résolution 731 (1992) pourrait avoir diverses explications, y compris le désir d'exclure le recours à l'article 27, paragraphe 3, de la Charte, qui aurait empêché les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni de participer au vote, puisque « dans les décisions prises aux termes du chapitre VI ... une partie à un différend s'abstient de voter », ou simplement le souci de rester sur le terrain politique sans aborder les questions juridiques soulevées par la Libye, puisque celles-ci relevaient logiquement de la compétence de la Cour internationale de Justice.

16. Quelles qu'aient pu être les raisons, il est clair que la question de l'application et de l'interprétation de la convention de Montréal a été laissée hors du champ d'application de la résolution 731 (1992). Par conséquent, lorsque la Libye s'est trouvée en face d'une attitude continuellement négative bloquant la perspective de négociations avec les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, et en vue soit d'un règlement amiable soit de la conclusion d'un accord d'arbitrage, comme cela est prévu par l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal, elle n'avait d'autre choix que de s'adresser à la Cour internationale de Justice en application de cette même disposition. Ce faisant, le Gouvernement libyen a régulièrement exercé un droit et ne saurait être blâmé d'avoir agi de cette manière. Il est depuis longtemps établi que le recours unilatéral à la juridiction de la Cour ne doit jamais être considéré comme un acte inamical, comme en témoigne la déclaration faite par l'Institut de droit international en 1959 selon laquelle « le recours à la Cour internationale de Justice ou à une autre instance judiciaire ou arbitrale ne saurait en aucun cas être considéré comme un acte peu amical vis-à-vis de l'Etat défendeur » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 48-II, 1959, p. 359) ou encore le paragraphe 6 de la résolution 3232 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 12 novembre 1974, aux termes duquel : « le recours à un règlement judiciaire des différends juridiques, particulièrement le renvoi à la Cour internationale de Justice, ne devrait pas être considéré comme un acte d'inimitié entre Etats ».

17. Il est d'ailleurs arrivé maintes fois que les aspects juridiques d'un différend aient été soumis à la Cour internationale de Justice avec une demande en indication de mesures conservatoires malgré le fait que les organes politiques des Nations Unies étaient saisis d'autres aspects du même différend (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1951*, p. 89-98; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1979*, p. 7-21; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1984*, p. 169-207; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1976*, p. 3-40).

18. C'est cette coexistence parallèle qui avait permis à M. Petrán de souligner : « La distribution naturelle des rôles entre l'organe judiciaire

organ and the political organs of the United Nations . . ." (Separate opinion in the Advisory Opinion of 12 June 1971 concerning the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 127). No overlapping could normally be envisaged, so long as the basic criterion of demarcation remains that explicitly stated by the Court in the same Advisory Opinion, according to which :

"the Court as the principal judicial organ of the United Nations . . . acts only on the basis of the law, independently of all outside influence or interventions whatsoever . . . A court functioning as a court of law can act in no other way." (*Ibid.*, p. 23, para. 29.)

19. However, the appearance on the scene of the new Security Council resolution 748 (1992) on 31 March 1992, just three days after the closing of the hearings on Libya's request for provisional measures, is unprecedented and raises an important issue about its implications for the present proceedings.

20. Resolution 748 (1992) not only reaffirmed resolution 731 (1992) of 12 January 1992 but added *inter alia* that :

"the failure by the Libyan Government to demonstrate by concrete actions its renunciation of terrorism and in particular its continued failure to respond fully and effectively to the requests in resolution 731 (1992) constitute a threat to international peace and security".

21. Acting under Chapter VII of the Charter, the Security Council decided that: "the Libyan Government must now comply without any further delay with paragraph 3 of resolution 731 (1992) regarding the requests contained in documents S/23306, S/23308 and S/23309", otherwise the sanctions provided for in paragraphs 4, 5 and 6 shall become effective as of 15 April 1992.

22. Evidently, resolution 748 (1992) of 31 March 1992 falls within the category of decisions under Chapter VII which enjoy as a general rule a binding character, in the sense that non-compliance with them is considered a threat to peace and creates new obligations for all parties concerned.

23. Nevertheless, it has to be noted that there are doctrinal authorities who maintain that the Members of the United Nations are not "obliged" to carry out all decisions of the Security Council. In his analysis of Article 25 of the Charter, Hans Kelsen wrote :

"It seems, however, as if Article 25 does not mean that the Members are obliged to carry out all decisions of the Security Council since, according to its wording, they agree to accept and carry out

principal et les organes politiques des Nations Unies...» (Opinion individuelle jointe à l'avis consultatif du 12 juin 1971 concernant les *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*, C.I.J. Recueil 1971, p. 127.) Aucun chevauchement ne saurait normalement être envisagé, tant que le critère de démarcation fondamental demeure celui qui a été explicitement énoncé par la Cour dans le même avis consultatif :

«la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies ... ne se prononce que sur la base du droit, indépendamment de toute influence ou de toute intervention de la part de quiconque ... Une cour, remplissant une fonction de cour de justice, ne saurait agir d'une autre manière.» (*Ibid.*, p. 23, par. 29.)

19. Cependant, l'apparition sur la scène de la nouvelle résolution du Conseil de sécurité, la résolution 748 (1992), le 31 mars 1992, trois jours à peine après la clôture des audiences sur la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Libye, est sans précédent et soulève un problème important quant à ses incidences sur la présente instance.

20. Dans sa résolution 748 (1992), le Conseil a non seulement réaffirmé sa résolution 731 (1992) du 12 janvier 1992, mais a ajouté, entre autres, que :

«le défaut de la part du Gouvernement libyen de démontrer, par des actes concrets, sa renonciation au terrorisme et, en particulier, son manquement continu à répondre de manière complète et effective aux requêtes contenues dans la résolution 731 (1992) constituent une menace pour la paix et la sécurité internationales».

21. Agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité a décidé que : «le Gouvernement libyen doit désormais appliquer sans le moindre délai le paragraphe 3 de la résolution 731 (1992) concernant les demandes contenues dans les documents S/23306, S/23308 et S/23309», faute de quoi les sanctions prévues aux paragraphes 4, 5 et 6 prendraient effet le 15 avril 1992.

22. La résolution 748 (1992) du 31 mars 1992 entre évidemment dans la catégorie des décisions qui relèvent du chapitre VII, lesquelles ont, en règle générale, un caractère obligatoire, en ce sens que le fait de ne pas s'y conformer est considéré comme une menace pour la paix et crée de nouvelles obligations pour toutes les parties concernées.

23. Il faut observer néanmoins que des auteurs qui font autorité soutiennent que les Membres des Nations Unies ne sont pas «obligés» d'appliquer toutes les décisions du Conseil de sécurité. Dans son analyse de l'article 25 de la Charte, Hans Kelsen a écrit ceci :

«Il semblerait toutefois que l'article 25 ne signifie pas que les Membres soient obligés d'appliquer toutes les décisions du Conseil de sécurité puisque, aux termes de cet article, ils conviennent

decisions of the Security Council 'in accordance with the present Charter'." (Hans Kelsen, *The Law of the United Nations — A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, London, 1950, p. 95.)

"The meaning of Article 25 is that the Members are obliged to carry out these decisions which the Security Council has taken in accordance with the Charter." (*Ibid.*)

"The term 'decision' may be interpreted to mean . . . only decisions which, in accordance with the provisions of the Charter under which they are adopted, are binding upon the Members." (*Ibid.*, p. 293.)

24. The case-law of the Court and the opinions expressed by a number of Judges provide that concept with some support. It has to be remembered, in connection with the Advisory Opinion on Namibia previously referred to, that the Governments of France and South Africa objected that both the General Assembly and the Security Council had acted *ultra vires* in the Namibia question. The Court ruled in this respect that:

"Undoubtedly, the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned . . . However, in the exercise of its judicial function and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from those resolutions." (*I.C.J. Reports 1971*, p. 45, para. 89.)

25. In effect, the Court there exercised the important function of ascertaining that the resolutions in question had been taken in conformity with the rules of the Charter, and as a result of that exercise it declared that:

"In examining this action of the General Assembly it is appropriate to have regard to the general principles of international law . . ." (*Ibid.*, p. 46, para. 94.)

"The Court has therefore reached the conclusion that the decisions made by the Security Council in paragraphs 2 and 5 of the resolutions 276 (1970), as related to paragraph 3 of resolution 264 (1969) and paragraph 5 of resolution 269 (1969), were adopted in conformity with the purposes and principles of the Charter and in accordance with its Articles 24 and 25. The decisions are consequently binding on all States Members of the United Nations, which are thus under obligation to accept and carry them out." (*Ibid.*, p. 53, para. 115.)

26. By entering upon this type of legal scrutiny in order to satisfy itself of the conformity of the Security Council's decisions, or parts thereof, not only with the rules enshrined in the provisions of the Charter, but also with "the purposes and principles of the Charter", the Court implied that

d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité « conformément à la présente Charte. » (Hans Kelsen, *The Law of the United Nations — A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Londres, 1950, p. 95.)

« Le sens de l'article 25 est que les Membres sont obligés d'appliquer les décisions que le Conseil de sécurité a prises conformément à la Charte. » (*Ibid.*)

« Le terme « décision » peut être interprété comme signifiant ... seulement les décisions qui, selon les dispositions de la Charte en vertu desquelles elles sont adoptées, sont obligatoires pour les Membres. » (*Ibid.*, p. 293.)

24. La jurisprudence de la Cour et les opinions exprimées par un certain nombre de juges viennent étayer cette conception. On se rappelle qu'à propos de l'avis consultatif précité relatif à la Namibie les Gouvernements de l'Afrique du Sud et de la France avaient objecté que tant l'Assemblée générale que le Conseil de sécurité avaient commis un excès de pouvoir en agissant *ultra vires* dans l'affaire de la Namibie. A cet égard, la Cour a dit que :

« Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit. ... Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et puisque des objections ont été formulées, la Cour examinera ces objections dans son exposé des motifs, avant de se prononcer sur les conséquences juridiques découlant de ces résolutions. » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 45, par. 89.)

25. En effet, la Cour a exercé dans cette affaire l'importante fonction qui consiste à s'assurer que la résolution en question avait été prise conformément aux règles de la Charte et, ayant procédé à cette vérification, elle a déclaré que :

« Pour examiner l'acte ainsi accompli par l'Assemblée générale, il convient de tenir compte des principes généraux de droit international... » (*Ibid.*, p. 46, par. 94.)

« La Cour en conclut que les décisions prises par le Conseil de sécurité aux paragraphes 2 et 5 de la résolution 276 (1970), rapprochées du paragraphe 3 de la résolution 264 (1969) et du paragraphe 5 de la résolution 269 (1969), ont été adoptées conformément aux buts et principes de la Charte et à ses articles 24 et 25. Elles sont par conséquent obligatoires pour tous les Etats Membres des Nations Unies, qui sont ainsi tenus de les accepter et de les appliquer. » (*Ibid.*, p. 53, par. 115.)

26. En entreprenant ce genre d'examen juridique pour s'assurer de la conformité des décisions du Conseil de sécurité ou de certains de leurs éléments, non seulement avec les règles consacrées dans les dispositions de la Charte mais aussi avec « les buts et principes de la Charte », la Cour a

it was perfectly conceivable that it could reach a negative decision, were it to detect any violation of the Charter or departure from the Charter's purposes and principles.

27. Furthermore, alluding to General Assembly resolution 171 (II) of 14 November 1947, recommending the reference to the Court of a point of law "relating to interpretation of the Charter", Judge Gros stated in his dissenting opinion that: "it would have seemed particularly appropriate to have exercised unambiguously the Court's power to interpret the Charter . . ." (*I.C.J. Reports 1971*, p. 332, para. 19); and

"It used not to be the Court's habit to take for granted the premises of a legal situation the consequences of which it has been asked to state . . . How indeed can a court deduce any obligation from a given situation without first having tested the lawfulness of the origins of that situation?" (*Ibid.*, pp. 331-332, para. 18.)

28. A survey of the opinions expressed in that case by other Judges reveals that many of them were eager to indicate their deep attachment to the right of ensuring that the Court exercises its function as the guardian of legality throughout the United Nations system.

29. In his separate opinion, Judge Ammoun emphasized:

"the International Court of Justice owed it to itself to discharge its own obligations by not closing its eyes to conduct infringing the principles and rights which it is its duty to defend" (*ibid.*, p. 72, para. 3).

30. Judge Petré also declared in his separate opinion:

"So long as the validity of the resolutions upon which resolution 276 (1970) is based has not been established, it is clearly impossible for the Court to pronounce on the legal consequences of resolution 276 (1970), for there can be no such legal consequences if the basic resolutions are illegal . . ." (*Ibid.*, p. 131.)

In another separate opinion, Judge Onyeama stated:

"In exercising its functions the Court is wholly independent of the other organs of the United Nations and is in no way obliged or concerned to render a judgment or opinion which would be 'politically acceptable'. Its function is, in the words of Article 38 of the Statute, 'to decide in accordance with international law'.

. . . . .  
when . . . decisions bear upon a case properly before the Court, a correct judgment or opinion could not be rendered without determining

laissé entendre qu'il était tout à fait concevable qu'elle puisse parvenir à une décision négative si elle décelait une quelconque violation de la Charte ou un écart par rapport aux buts et principes de ladite Charte.

27. En outre, faisant allusion à la résolution 171 (II) de l'Assemblée générale en date du 14 novembre 1947, dans laquelle l'Assemblée avait recommandé le renvoi à la Cour des points de droit « relatifs à l'interprétation de la Charte », M. Gros a déclaré dans son opinion dissidente qu'« il eût semblé particulièrement opportun d'exercer sans ambiguïté le pouvoir de la Cour d'interpréter la Charte... » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 332, par. 19); et que :

« Ce n'était pas l'habitude de la Cour de tenir pour acquise les prémisses d'une situation juridique dont on lui demandait de dire les conséquences ... Comment, en effet, un juge peut-il déduire une obligation d'une situation quelconque sans avoir d'abord éclairci la question de la légalité des origines de cette situation ? » (*Ibid.*, p. 331-332, par. 18.)

28. L'examen des opinions exprimées dans cette affaire par d'autres juges montre que beaucoup d'entre eux ont tenu à marquer leur profond attachement au droit de s'assurer que la Cour exerce sa fonction de gardienne de la légalité dans l'ensemble du système des Nations Unies.

29. Dans son opinion individuelle, M. Ammoun a souligné que :

« la Cour internationale de Justice se devait de remplir [ses propres obligations] en ne fermant pas les yeux sur des agissements affectant les principes et les droits dont la défense lui incombe » (*ibid.*, p. 72, par. 3).

30. M. Petrán a déclaré aussi dans son opinion individuelle :

« Tant que la validité des résolutions sur lesquelles se fonde la résolution 276 (1970) n'est pas établie, il est évidemment impossible que la Cour se prononce sur les conséquences juridiques de la résolution 276 (1970), car il ne peut y avoir de telles conséquences juridiques si les résolutions de base sont illégales... » (*Ibid.*, p. 131.)

Dans une autre opinion individuelle, M. Onyeama a dit ceci :

« Dans l'exercice de ses fonctions, la Cour est pleinement indépendante des autres organes des Nations Unies; elle n'est nullement tenue d'émettre un arrêt ou un avis qui soit « politiquement acceptable »; ce n'est pas là son rôle. Sa mission, pour reprendre les termes de l'article 38 du Statut, est de se prononcer « conformément au droit international ».

.....  
lorsque ... les décisions ... intéressent une affaire dont la Cour est dûment saisie, et lorsqu'il est impossible de rendre un arrêt ou un avis

the validity of such decisions, the Court could not possibly avoid such a determination without abdicating its role of a judicial organ.

.....  
 I do not conceive it as compatible with the judicial function that the Court will proceed to state the consequences of acts whose validity is assumed, without itself testing the lawfulness of the origin of those acts." (*Ibid.*, pp. 143-144.)

31. In response to a question about the Court's power to pronounce as to the invalidity or nullity of resolutions of the General Assembly and Security Council, and with reference to a dictum of Judge Morelli's in a previous case (*I.C.J. Reports 1962*, p. 223) concerning a resolution initiated by a manifest *excès de pouvoir*, Judge de Castro envisaged the interplay of two principles:

"1. The principle of division of powers — the Charter set up three organs, each having sovereign powers in the sphere of its competence . . . ;

.....  
 2. The principle of 'legal-ness' — the Court, as a legal organ, cannot co-operate with a resolution which is clearly void, contrary to the rules of the Charter, or contrary to the principles of law." (*I.C.J. Reports 1971*, p. 180.)

32. Finally, the dissenting opinion of Judge Sir Gerald Fitzmaurice provided a profound analysis of the various presentations, which can be summarized as follows:

- (i) the Security Council, even when acting genuinely for the preservation or restoration of peace and security, has a scope of action limited by the State's sovereignty and the fundamental rights without which that sovereignty cannot be exercised (*ibid.*, p. 226);
- (ii) the relevant circumstances sufficed to render resolution 2145 invalid and inoperative (*ibid.*, p. 280, para. 91);
- (iii) Article 25 cannot render binding a decision not taken "in accordance with the present Charter" (*ibid.*, p. 293, para. 113);
- (iv) even when acting under Chapter VII of the Charter, the Security Council has no power to abrogate or alter existing rules (*ibid.*, p. 294, para. 115);
- (v) the United Nations (with all its organs, including the Security Council) is itself a subject of international law, and subject to it, no less than its individual Member States (*ibid.*, p. 294, para. 115);
- (vi) a political organ is not competent to make the necessary legal determination on which the justification for each action must rest. This can only be done by a legal organ competent to make such determination, otherwise the resolution may have to be considered *ultra vires* and hence invalid (*ibid.*, pp. 299-301).

bien fondé sans examiner la validité de ces décisions, la Cour ne peut éviter cet examen sans abdiquer son rôle d'organe judiciaire.

Je ne vois pas qu'il soit compatible avec la fonction judiciaire de la Cour d'énoncer les conséquences d'actes dont la validité serait tenue pour acquise, sans que la Cour se soit assurée elle-même de leur origine licite.» (*Ibid.*, p. 143-144.)

31. En réponse à une question sur le pouvoir de la Cour de statuer sur l'invalidité ou la nullité de résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, et en se référant à une déclaration de M. Morelli dans une affaire précédente (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 223) concernant une résolution qui serait entachée d'excès de pouvoir évident, M. de Castro a évoqué le jeu de deux principes :

« 1. Le principe de la division des pouvoirs. — La Charte a établi trois organes dotés chacun de pouvoirs souverains dans la sphère de sa compétence...

2. Le principe de la juridicité. — La Cour comme organe juridique ne peut pas collaborer à une résolution manifestement nulle, contraire aux règles de la Charte ou aux principes du droit.» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 180.)

32. Enfin, dans son opinion dissidente, sir Gerald Fitzmaurice a donné une analyse approfondie des diverses considérations en cause, que l'on peut résumer de la manière suivante :

- i) le Conseil de sécurité, même s'il agit véritablement pour préserver ou rétablir la paix et la sécurité, voit son champ d'action limité par la souveraineté de l'Etat et les droits fondamentaux sans lesquels cette souveraineté ne peut s'exercer (*ibid.*, p. 226);
- ii) les circonstances pertinentes suffisaient pour rendre la résolution 2145 nulle et sans effet (*ibid.*, p. 280, par. 91);
- iii) l'article 25 ne saurait rendre obligatoire une décision qui n'est pas prise « conformément à la présente Charte » (*ibid.*, p. 293, par. 113);
- iv) même quand il agit en vertu du chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité n'a le pouvoir ni d'abroger ni de modifier des règles existantes (*ibid.*, p. 294, par. 115);
- v) l'Organisation des Nations Unies (avec tous ses organes, y compris le Conseil de sécurité) est elle-même un sujet du droit international et n'est pas moins soumise à ce droit que les Etats Membres pris individuellement (*ibid.*, p. 294, par. 115);
- vi) un organe politique n'a pas le pouvoir de procéder aux constatations juridiques qui doivent justifier chaque action. Seul possède ce pouvoir un organe juridique compétent pour procéder à ces constatations, faute de quoi il peut arriver qu'une résolution doive être considérée comme procédant d'un excès de pouvoir et comme étant, de ce fait, sans valeur juridique (*ibid.*, p. 299-301).

33. In the light of the statements emanating from the above-mentioned authorities, it is possible to consider that the Security Council, when adopting paragraph 1 of resolution 748 (1992), impeded the Court's jurisdiction freely to exercise its inherent judicial function with regard to issues on which argument had been heard just a few days before, and that by doing so the Security Council committed an act of *excès de pouvoir* which amounts to a violation of Article 92 of the Charter, which entrusted the International Court of Justice with the mission of being "the principal judicial organ of the United Nations".

34. In order properly to discharge its main function, the Court must have full liberty to exercise its adjudicating powers and to form its own opinion on the issues under consideration without any limitation.

35. As was rightly stated by Judge Morelli:

"Any limitation . . . would be unacceptable because it would prevent the Court from performing its task in a logically correct way. . . .

. . . . .  
This freedom can however be understood only as subordinated both to the rules of law and logic by which the Court is bound and also to the objective which the Court must pursue, which is the solution of the question submitted to it." (Separate opinion, Advisory Opinion of 20 July 1962 concerning *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, I.C.J. Reports 1962, pp. 217-218.)

36. The *ultra vires* character of paragraph 1 of resolution 748 (1992) appears even more serious considering that a number of delegates at the Security Council meeting of 31 March 1992 are reported to have warned those pushing for a hasty adoption of the draft then under discussion against the negative effects of such failure to observe due respect for the Court's credibility and the integrity of its judicial function.

37. According to the Provisional Verbatim Record, Mr. Jesus of Cape Verde pointed out that:

"It would be more appropriate if the Council were to act after the International Court of Justice — which is now seised of this matter — had decided . . ." (Doc. S/PV.3063, p. 46.)

38. The President for the month of April, Mr. Mumbengegwi of Zimbabwe, reminded the Council that:

"The Charter provides that disputes of a legal nature should, as a general rule, be referred by the parties to the International Court of Justice . . .

By taking the Chapter VII route while this case is still pending before the World Court, the Security Council is risking a major institutional crisis. Such an institutional crisis, which is clearly avoidable, would not only undermine the prestige, credibility and integrity of

33. A la lumière des déclarations émanant des autorités précitées, il est possible de considérer que lorsqu'il a adopté le paragraphe 1 de la résolution 748 (1992) le Conseil de sécurité a fait obstacle au pouvoir de la Cour d'exercer librement la fonction judiciaire qui est la sienne à l'égard de questions sur lesquelles elle avait entendu les Parties quelques jours auparavant, et qu'en agissant ainsi le Conseil de sécurité a commis un excès de pouvoir qui constitue une violation de l'article 92 de la Charte, lequel a confié à la Cour internationale de Justice la mission d'être « l'organe judiciaire principal des Nations Unies ».

34. Pour s'acquitter valablement de sa fonction principale, la Cour doit avoir toute liberté d'exercer ses pouvoirs de décision judiciaire et de former sa propre opinion sur les points soumis à son examen, sans aucune limite.

35. Comme l'a bien dit M. Morelli :

« Toute limitation ... serait inadmissible parce qu'elle empêcherait la Cour de remplir sa tâche d'une façon logiquement correcte...  
 . . . . .

Mais une telle liberté ne peut être entendue que comme liberté subordonnée, non seulement aux règles du droit et de la logique par lesquelles la Cour est liée, mais aussi au but que la Cour doit poursuivre et qui consiste dans la solution à donner à la question qui lui est soumise. » (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, opinion individuelle, p. 217-218.*)

36. Le caractère *ultra vires* du paragraphe 1 de la résolution 748 (1992) semble plus grave encore si l'on considère qu'un certain nombre de représentants, à la séance du Conseil de sécurité du 31 mai 1992, ont mis en garde ceux qui poussaient à l'adoption hâtive du projet à l'examen contre les effets néfastes d'un tel manque de respect pour la crédibilité de la Cour et l'intégrité de sa fonction judiciaire.

37. D'après le procès-verbal provisoire, M. Jesus, du Cap-Vert, a formulé cette observation :

« Il serait plus approprié que le Conseil prenne une décision une fois que la Cour internationale de Justice — qui est désormais saisie de cette question — aura statué... » (Doc. S/PV.3063, p. 46.)

38. Le président pour le mois d'avril, M. Mumbengegwi (Zimbabwe), a rappelé au Conseil ce qui suit :

« La Charte stipule que les différends d'ordre juridique devraient, d'une manière générale, être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice...

En optant pour le recours au chapitre VII, alors que l'affaire est pendante devant la Cour internationale, le Conseil de sécurité risque une crise institutionnelle grave. Pareille crise, qui est clairement évitable, risque de saper non seulement le prestige, la crédibilité et

the entire Organization but would also sap international confidence in the Security Council's capacity to execute, in a judicious and objective manner, its mandate as provided for in the Charter. We are convinced that it would have been in the best interests of international tidiness for the Security Council to await the outcome of the judicial proceedings at the International Court of Justice." (Doc. S/PV.3063, pp. 52-53.)

39. The Indian representative, Mr. Gharekhan, among others, stressed that:

"The considered opinion of the International Court of Justice on the legal aspects of the issues involved can only serve the cause of international law and peace." (*Ibid.*, p. 58.)

40. It is clear that those wise warnings were ultimately inspired by the respect due to the United Nations Charter, in its letter and spirit, but unfortunately the appeal for supremacy of "the rule of law" went unheeded in an atmosphere dominated by emotional political pressures.

41. In order to avoid the present situation, it would have been more appropriate for certain members of the Security Council to take guidance from the precedent established by the Council of the League of Nations when it decided that it could not accept a petition because the subject-matter was before the Permanent Court of International Justice, and postponed consideration of the question until that Court had given its decision in the *Minority Schools* case (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Vol. I, Leyden, 1965, p. 83).

42. Doubtless the Court itself, the principal judicial organ of the United Nations, was not the target of the Council's haste; the adoption of resolution 748 (1992) without waiting for the Court's ruling on the request for provisional measures seems to have been more intended to put the maximum pressure possible on Libya to forfeit its claim to invoke sovereign rights under Article 1, paragraph 2, Article 2, paragraph 7, and Article 55 of the Charter. Yet the entire Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members, and the exercise of domestic jurisdiction in matters such as extradition imposes on all other States, as well as on the political organs of the United Nations, an obligation to respect such inherent rights, unless the Court decides that such exercise is contrary to international law, whether customary or conventional.

43. It is important to remember in this respect what Max Huber, the former President of the Permanent Court of International Justice, declared when acting as sole arbitrator in the *Island of Palmas* case:

"Sovereignty in the relation between States signifies independence. Independence in regard to a position of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State." (Myres McDougal and Michael Reisman, *International*

l'intégrité de l'Organisation tout entière, mais la confiance de la communauté internationale dans la capacité du Conseil à accomplir, d'une manière judicieuse et objective, son mandat tel que prévu dans la Charte. Nous sommes convaincus qu'il aurait mieux valu pour la procédure institutionnelle que le Conseil attende le résultat de la procédure judiciaire menée à la Cour internationale de Justice.» (Doc. S/PV.3063, p. 52.)

39. Le représentant de l'Inde, M. Gharekhan, parmi d'autres, a mis l'accent sur cette idée :

«L'opinion avisée de la Cour internationale de Justice sur les dimensions juridiques des questions en jeu ne peut que servir la cause de la paix et du droit internationaux» (*ibid.*, p. 57).

40. Il est clair qu'en définitive ces sages conseils s'inspiraient du respect dû à la Charte des Nations Unies, tant dans sa lettre que dans son esprit; malheureusement, l'appel en faveur de la primauté «du droit» n'a pas été écouté dans l'émotion et sous les pressions politiques du moment.

41. Il aurait mieux valu, pour éviter la situation actuelle, que certains membres du Conseil de sécurité s'inspirent du précédent que le Conseil de la Société des Nations a établi quand, se déclarant hors d'état d'accueillir une pétition car la Cour permanente de Justice internationale était saisie de l'affaire, il a différé l'examen de la question jusqu'à la décision de la Cour en l'affaire des *Ecoles minoritaires* (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyde, 1965, p. 83).

42. Nul doute la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, n'était pas elle-même la cible de la hâte du Conseil; l'adoption de la résolution 748 (1992) sans attendre la décision de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires semble avoir eu plutôt pour but d'exercer la pression la plus forte possible sur la Libye afin qu'elle renonce à invoquer des droits souverains en vertu de l'article 1, paragraphe 2, de l'article 2, paragraphe 7, et de l'article 55 de la Charte. Or, l'Organisation tout entière est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres, et l'exercice de la compétence nationale dans des domaines tels que l'extradition impose à tous les autres Etats, ainsi qu'aux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, l'obligation de respecter de tels droits naturels, à moins que la Cour ne décide qu'un tel exercice est contraire au droit international, coutumier ou conventionnel.

43. Il importe de se souvenir, à cet égard, de ce qu'a déclaré Max Huber, ancien Président de la Cour permanente de Justice internationale, alors qu'il était arbitre unique en l'affaire de l'*Ile de Palmas* :

«La souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance. L'indépendance relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques.» (Myres McDougal et Michael Reisman, *International Law in*

*Law in Contemporary Perspective; the Public Order of the World Community: Cases and Materials*, Mineola, New York, Foundation Press, 1981.)

44. Upholding the same basic concept of sovereignty as is protected under the United Nations Charter, the United States courts ruled that:

“The right of a foreign power to demand extradition of one accused of crime and the correlative duty to surrender him exists only when created by treaty, and in the United States, in the absence of statutory or treaty provision thereof, no authority exists in any branch of the government to surrender a fugitive criminal to a foreign government.” (*Ramos v. Diaz*, 179 F. Sup. 459 (S.D. Fla. 1959), reproduced by McDougal and Reisman, *op. cit.*, at p. 1498.)

45. Moreover, in the *Asylum* case, the Court strongly emphasized that: “A decision with regard to extradition implies only the normal exercise of the territorial sovereignty.” (*I.C.J. Reports 1950*, p. 274.)

46. It would be hard to believe that under contemporary international law the rights of a foreign fugitive are more protected than those of an accused citizen, or that what is a legal act of the United States Government becomes an illegal act for the Libyan Government, unless we are supposed to be living on Orwell’s *Animal Farm*, where some animals are more equal than others.

47. For all the above-stated considerations, I am of the opinion, with all due respect, that paragraph 1 of Security Council resolution 748 (1992) should not be considered to have any legal effect on the jurisdiction of the Court, even on a *prima facie* basis, and accordingly that the Libyan request for provisional measures has to be evaluated in accordance with the habitual pattern reflected in the established jurisprudence of the Court.

\* \* \*

48. Without going into an extensive analysis of all the precedents related to the granting or denial of provisional measures and the relevant circumstances which led the Court to act one way or another, it seems sufficient within the present context to refer essentially to the rules relied upon in the most recent cases in which a request for provisional measures was considered.

49. On the basis of Article 41 of the Statute, the Court may exercise its independent jurisdiction to indicate provisional measures once satisfied that “the provisions invoked by the Applicant appear, *prima facie*, to

*Contemporary Perspective; the Public Order of World Community: Cases and Materials*, Mineola, New York, Foundation Press, 1981.)

44. A l'appui de ce même concept fondamental de la souveraineté que protège la Charte des Nations Unies, les tribunaux des Etats-Unis ont jugé ce qui suit :

« Le droit d'une puissance étrangère de réclamer l'extradition d'une personne accusée d'un crime et l'obligation corrélative de livrer l'intéressé n'existent que quand un traité les a établis et, aux Etats-Unis, en l'absence d'une disposition législative ou conventionnelle à cet effet, aucune branche du gouvernement n'a le pouvoir de livrer un délinquant en fuite à un gouvernement étranger. » (*Ramos v. Diaz*, 179 F.Supp.459 (S.D. Fla. 1959), reproduit par McDougal et Reisman, *op. cit.*, p. 1498.)

45. De plus, dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour a déclaré avec une grande insistance : « Une décision relative à l'extradition implique seulement l'exercice normal de la souveraineté territoriale. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 274.)

46. Il serait difficile de croire qu'en droit international contemporain les droits d'un fugitif étranger soient mieux protégés que ceux d'un citoyen accusé, ou que ce qui constitue un acte licite du Gouvernement des Etats-Unis devienne un acte illicite quand il s'agit du Gouvernement libyen, à moins que nous ne soyons censés vivre dans *La ferme des animaux* d'Orwell, où certains animaux sont plus égaux que d'autres.

47. Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, je suis d'avis, avec tout le respect voulu, que l'on ne doit attribuer au paragraphe 1 de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité aucun effet juridique sur la compétence de la Cour, même *prima facie*, et que la demande libyenne en indication de mesures conservatoires doit donc être appréciée selon les modalités habituelles, telles qu'elles se reflètent dans la jurisprudence établie de la Cour.

\* \* \*

48. Sans entrer dans une analyse détaillée de tous les précédents concernant l'octroi ou le refus de mesures conservatoires et des circonstances pertinentes qui ont incité la Cour à agir d'une manière ou de l'autre, il semble suffire, dans le présent contexte, de mentionner essentiellement les règles appliquées dans les affaires les plus récentes qui ont donné lieu à l'examen d'une demande en indication de mesures conservatoires.

49. Sur la base de l'article 41 du Statut, la Cour peut exercer son pouvoir indépendant d'indiquer des mesures conservatoires si elle estime établi que « les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima*

afford a basis on which the jurisdiction of the court [on the merits] might be founded" (*Passage through the Great Belt, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991*, p. 15, para. 14).

50. In conformity with said established rule, I do believe that the provisions of Article 14, paragraph 1, of the Montreal Convention invoked by the Applicant appear to afford a prima facie basis on which the jurisdiction of the Court might be founded. Here the basis is clearly stronger than in the *Anglo-Iranian Oil Co.* case which produced the Order of 5 July 1951 granting interim measures of protection (*I.C.J. Reports 1951*, pp. 93-94), though offering less outright justification than in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, when the Court adopted the Order of 15 December 1979 (*I.C.J. Reports 1979*, pp. 14-15).

51. With regard to the existence of a dispute between the Applicant and the Respondent which concerns the "interpretation or application" of the 1971 Montreal Convention, I am bound to note that, once one applies the criteria unanimously established by the Court in the Advisory Opinion of 26 April 1988 concerning the *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947 (I.C.J. Reports 1988*, p. 32, para. 49) while taking into consideration the wide difference of opinion between the Parties as reflected in the oral proceedings, there cannot be the slightest doubt about the existence of a dispute pertaining to the scope, applicability and interpretation of various provisions in the Montreal Convention.

52. In the present phase of the proceedings, the Parties raised a number of issues pertaining to determination of the questions whether the dispute can "be settled through negotiation", whether there has been a rejection of a Libyan offer to arbitrate the dispute, and what might be the legal effect of the six-month period contemplated by Article 14, paragraph 1, of the Montreal Convention.

53. Recalling the famous dictum of the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis Palestine Concessions (P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 13)*, the Court's Order in the case concerning *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (I.C.J. Reports 1979*, pp. 32-34, paras. 52-56), and taking into account all the relevant circumstances as reflected in the documents submitted by the Parties, I am of the opinion that it would be safe to conclude that the United Kingdom and the United States were not at any time, whether before or after seising the Security Council, interested in settling the dispute through negotiations or through recourse to arbitration. The Libyan notes of 8 January and 17 January 1992 were totally ignored, rendering those two methods of peaceful settlement practically useless and inoperative. Thus there was no meaningful reason to wait for the lapse of the six-month period, particularly when the wording of "within" or "dans" which figures in the text of Article 14, paragraph 1, of the Montreal Convention does not clearly render this

*facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour [sur le fond] pourrait être fondée» (*Passage par le Grand-Belt, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 15, par. 14).

50. Conformément à ladite règle établie, je suis persuadé que les dispositions de l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée. Ici, la base de compétence est manifestement plus solide qu'en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* qui a abouti à l'ordonnance du 5 juillet 1951 indiquant des mesures conservatoires (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 93-94), sans apporter une justification aussi directe qu'en l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, à propos de laquelle la Cour a adopté l'ordonnance du 15 décembre 1979 (*C.I.J. Recueil 1979*, p. 14-15).

51. Quant à savoir s'il existe, entre le demandeur et le défendeur, un différend concernant « l'interprétation ou l'application » de la convention de Montréal de 1971, je suis tenu de faire cette observation : si l'on applique le critère défini à l'unanimité par la Cour dans l'avis consultatif sur l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 32, par. 49) et si l'on considère l'ample divergence d'opinions entre les Parties, telle qu'elle s'est manifestée lors de la procédure orale, on ne saurait avoir le moindre doute qu'il existe bien un différend touchant la portée, l'applicabilité et l'interprétation de diverses dispositions de la convention de Montréal.

52. Dans la phase actuelle de la procédure, les Parties ont soulevé un certain nombre de problèmes en ce qui concerne la réponse à différentes questions, à savoir : le différend peut-il « être réglé par voie de négociation », y a-t-il eu rejet d'une offre libyenne visant à soumettre le différend à l'arbitrage, et quels pourraient être les effets juridiques du délai de six mois envisagé dans le paragraphe 1 de l'article 14 de la convention de Montréal ?

53. Ayant présent à l'esprit la célèbre déclaration de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 13) ainsi que l'ordonnance de la Cour dans l'affaire concernant le *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*C.I.J. Recueil 1979*, p. 32-34, par. 52-56), et tenant compte de toutes les circonstances pertinentes telles qu'elles ressortent des documents soumis par les Parties, je considère comme légitime de conclure qu'à aucun moment, soit avant d'avoir saisi le Conseil de sécurité, soit après l'avoir saisi, les Etats-Unis et le Royaume-Uni n'étaient intéressés à régler le différend par voie de négociation ou d'arbitrage. Il n'a été tenu aucun compte des notes de la Libye en date du 8 janvier et du 17 janvier 1992, ce qui, en pratique, rendait ces deux moyens de règlement pacifique inutiles et inopérants. Dans ces conditions, il n'y avait pas de raison sérieuse d'attendre que soit écoulé le délai de six mois, alors qu'en particulier, étant donné la manière dont est libellé le paragraphe 1 de

time element a mandatory requirement which bars recourse to the Court before its expiration.

54. The exercise by the Court of its power to indicate provisional measures is subject, according to the wording of Article 41, to the Court's determination that "circumstances so require". In this respect, the established jurisprudence of the Court with regard to the implications of this phrase has recently been formulated in the following terms :

"Whereas the power of the Court to indicate provisional measures under Article 41 of the Statute of the Court has as its object to preserve the respective rights of the parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings" (*Passage through the Great Belt (Finland v. Denmark)*, Provisional Measures, Order of 29 July 1991, I.C.J. Reports 1991, p. 16, para. 16).

55. Without going into details which are at present not needed in the light of the Order rendered by the Court, the principles underlining the adoption of the Montreal Convention include the rule *aut dedere, aut judicare* (or *aut dedere, aut punire*, as the case may be in view of the stage reached, which has been explained by Judge Guillaume in his course at the Hague Academy of International Law, *RCADI, op. cit.*, Chap. IV, pp. 354-371). The rule in question necessarily implies confirmation of the deeply rooted principle of general international law according to which no State can be obliged to extradite any persons, particularly its own citizens, in the absence of a treaty explicitly providing for such extradition. In particular, the provisions of Article 7 read with Article 8 (2) of the Montreal Convention entitle any Contracting State to refuse extradition in all cases not subject to an existing extradition treaty. This has been confirmed, through approval by more than 130 Contracting States, as a sovereign right recognized by general public international law. Accordingly, under the Montreal Convention, no other State or group of States can be considered entitled to force another State to extradite, and this applies particularly with regard to its own citizens when their extradition is prohibited under the State's domestic legal system.

56. Neither the United Kingdom nor the United States enjoys in this respect any right other than those enjoyed by all other Contracting States, including Libya : hence, if either country is faced in the future with a similar situation where their authorities are requested to extradite, the same rule of *aut dedere, aut judicare* will apply. In other words, no irreparable prejudice could be caused to the conventional rights acquired by the respective Parties to the present proceedings if the rule *aut dedere, aut judicare* is fully implemented. On the contrary, irreparable prejudice to Libya

l'article 14 de la convention de Montréal (« within » dans le texte anglais et « dans » dans le texte français), il ne ressort pas clairement du contexte que cet élément temporel constitue une condition obligatoire interdisant le recours à la Cour avant l'expiration de ce délai.

54. Selon l'article 41 du Statut, lorsque la Cour « estime que les circonstances l'exigent », elle a le pouvoir d'indiquer quelles mesures conservatoires doivent être prises. La jurisprudence établie de la Cour pour ce qui est des incidences de ce membre de phrase a été formulée récemment dans les termes suivants :

« Considérant que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires conféré à la Cour par l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder le droit de chacune des parties en attendant que la Cour rende sa décision, et présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire » (*Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 16, par. 16*).

55. Sans entrer dans des détails qui sont actuellement inutiles étant donné l'ordonnance rendue par la Cour, je dirai qu'au nombre des principes sous-jacents à l'adoption de la convention de Montréal figure la règle *aut dedere aut judicare* (ou *aut dedere aut punire*, selon le cas, compte tenu du stade où en est l'affaire, comme l'a expliqué M. Guillaume lors du cours qu'il a donné à l'Académie de droit international de La Haye, *RCADI, op. cit.*, chap. IV, p. 354-371). La règle en question implique nécessairement confirmation du principe profondément enraciné du droit international général selon lequel aucun Etat ne peut être obligé d'extrader quiconque, en particulier ses propres citoyens, s'il n'existe pas un traité prévoyant explicitement cette extradition. En particulier, les dispositions de l'article 7, considérées conjointement avec celles de l'article 8, paragraphe 2, de la convention de Montréal donnent à tout Etat contractant le droit de refuser l'extradition dans tous les cas non assujettis à un traité d'extradition existant. Cela a été confirmé, du fait de l'approbation donnée par plus de cent trente Etats contractants, comme un droit souverain reconnu par le droit international public général. En conséquence, la convention de Montréal interdit de considérer un Etat ou groupe d'Etats comme ayant le droit de forcer un autre Etat à extradier quiconque, et cela est applicable en particulier pour ce qui est des propres citoyens de cet autre Etat lorsque leur extradition est interdite en vertu du système juridique interne dudit Etat.

56. Ni les Etats-Unis ni le Royaume-Uni ne jouissent à cet égard d'un droit autre que ceux dont jouissent tous les autres Etats contractants, y compris la Libye : il s'ensuit que, si l'un ou l'autre des deux pays se trouve à l'avenir dans une situation semblable, situation où une demande d'extradition serait adressée aux autorités du pays, la même règle *aut dedere aut judicare* sera applicable. En d'autres termes, aucun préjudice irréparable ne pourrait être causé aux droits conventionnels acquis par les Parties respectives à la présente procédure si la règle *aut dedere aut judicare* est

would ensue if it is forced to deliver to another State its own citizens, since the State's sovereign right recognized under the Montreal Convention would then suffer total eclipse and extinction. Such deprivation of the State's sovereignty could not be remedied at any later stage by the Court, and that is a sure test of the irreparability of the prejudice. In a nutshell, once a forced surrender takes place, the present case related to the interpretation and application of the Montreal Convention will become meaningless, since there will be no more legal issue to be adjudicated. But this will not have occurred through due application of law.

57. For all the above-stated considerations, I was and remain of the opinion that the circumstances of the present case required the indication of provisional measures, particularly since there was extreme urgency for the Court to act in order to avoid the coming into force of the sanctions adopted by the Security Council under certain paragraphs of resolution 748 (1992), a decision taken by the Security Council in the exercise of its powers under Chapter VII, hence outside the scope of the legal issue pending before the Court.

58. With regard to what provisional measures could be considered appropriate, taking into account all the relevant circumstances of the present case, it has to be noted that under Article 41 of the Statute of the Court the determination of the measures to be indicated should establish a balance between the "respective rights of the parties". In the exercise of its powers and in conformity with Article 75 of its Rules the Court may decide to indicate *proprio motu* 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".

59. In this respect, special attention has to be focused on the interesting precedent established as a result of the Order of January 1968 rendered by the Chamber of the International Court of Justice formed to deal with the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*. In considering the indication *proprio motu* of provisional measures the Chamber declared:

"18. Considering 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;

19. Whereas, in particular . . . the principal judicial organ of the United Nations, with a view to the peaceful settlement of a dispute, in accordance with Article 2, paragraph 3, and Article 33 of the Charter of the United Nations . . . there can be no doubt of the Chamber's

pleinement appliquée. En revanche, la Libye subira un préjudice irréparable si elle est forcée de livrer à un autre Etat ses propres citoyens, car le droit souverain qui est reconnu à l'Etat par la convention de Montréal serait alors totalement éclipsé et anéanti. La Cour ne pourrait remédier à aucun stade ultérieur à une telle privation de souveraineté subie par l'Etat, et cela est une preuve certaine du caractère irréparable du préjudice. En un mot, dès lors qu'aura lieu un transfert forcé, la présente affaire, liée à l'interprétation et à l'application de la convention de Montréal, perdra tout son sens, car il n'y aura plus de problème juridique à trancher. Mais cela ne se produira pas si l'on respecte dûment le droit.

57. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, j'étais et je demeure d'avis que les circonstances de la présente affaire exigeaient que l'on indique des mesures conservatoires, étant donné en particulier qu'il était extrêmement urgent que la Cour agisse de manière à éviter l'entrée en vigueur des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité dans certains paragraphes de la résolution 748 (1992), décision prise par le Conseil dans l'exercice des pouvoirs détenus par lui en vertu du chapitre VII, et par conséquent en dehors du cadre du problème juridique devant être tranché par la Cour.

58. Quant à savoir quelles mesures conservatoires pourraient être considérées comme appropriées, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes de la présente affaire, il y a lieu de faire observer qu'en vertu de l'article 41 du Statut de la Cour la détermination des mesures à indiquer doit respecter l'équilibre entre les droits respectifs des Parties, puisqu'il est question dans cet article de « mesures conservatoires du droit de chacun ». Dans l'exercice de ses pouvoirs, et conformément à l'article 75 de son Règlement, la Cour peut décider d'indiquer d'office 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 ».

59. A cet égard, il y a lieu d'appeler spécialement l'attention sur le précédent intéressant qui a été établi par l'ordonnance rendue en janvier 1986 par la Chambre de la Cour internationale de Justice qui avait été constituée pour s'occuper de l'affaire concernant le *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*. Traitant des mesures conservatoires à indiquer d'office, cette Chambre a déclaré ce qui suit :

« 18. Considérant 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 ;

19. Considérant en particulier que ... organe judiciaire principal des Nations Unies, en vue du règlement pacifique d'un différend, conformément aux articles 2, paragraphe 3, et 33 de la Charte des Nations Unies ... le pouvoir et le devoir de la Chambre d'indiquer, le

power and duty to indicate, if need be, such provisional measures as may conduce to the due administration of justice; . . ." (*I.C.J. Reports 1986*, p. 9.)

60. I am of the opinion that the Court should have acted in that sense, in the light of the special circumstance of the present case characterized by the fact that the two Libyans suspected to be the authors of the Lockerbie massacre could not possibly receive a fair trial, neither in the United States or in the United Kingdom, nor in Libya.

61. With all my sense of deepest admiration for the judicial system of the oldest contemporary democracy, the country of Magna Carta (1215) and the Bill of Rights (1688), I seriously doubt, nevertheless, that the two Libyan suspects could have a fair trial in the United Kingdom. As justly observed by Professor Mauro Cappelletti, even in the field of civil litigation:

"One is tempted to believe that the proposition that even in England certain procedural rights and guarantees are, and have long since, been considered basic to a fair administration of justice, has no juridical meaning at all." (*Fundamental Guarantees of the Parties in Civilian Litigation*, ed. Mauro Cappelletti and Denis Tallon, Milan, 1973, p. 70.)

62. Concerning criminal proceedings, the world legal community cannot easily forget that both the European Commission and Court of Human Rights concluded that the United Kingdom had violated Article 3 of the European Convention on Human Rights by inflicting inhumane and degrading treatment on prisoners suspected of terrorism, in the sense of arousing "feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debauching them and possibly breaking their physical or moral resistance"; and for using the so-called "five techniques" causing "at least intense physical and mental suffering as well as leading to acute psychiatric disturbance during interrogation" (Judgment of 18 January 1978, case of *Ireland v. The United Kingdom*, *Publications of the European Court of Human Rights, Series A, Judgments and Decisions*, Vol. 25, pp. 59-94). I have no doubt at all that the British Government took this condemnation to heart and has done its utmost to eliminate all such inhumane methods. Nevertheless, bearing in mind the heinous nature of the crimes imputed to the Libyan suspects, one may still understand the suspicion in some minds that fairness might have limits in their respect.

63. In the United States of America an even more disturbing factor would result from the extraordinary impact of the mass media and the role it plays in rendering almost impossible the conduct of fair trial by jury, as witness the public debates aroused as a result of what happened in a number of recent cases. Such situation is in clear conflict with the requirement for "a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal"

cas échéant, des mesures conservatoires contribuant à assurer la bonne administration de la justice ne sauraient faire de doute» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 9).

60. Selon moi, la Cour aurait dû agir dans ce sens, étant donné la circonstance particulière de la présente affaire, caractérisée par le fait que les deux Libyens soupçonnés d'être les auteurs du massacre de Lockerbie ne sauraient bénéficier d'un procès équitable ni aux Etats-Unis ni au Royaume-Uni, ni non plus en Libye.

61. Malgré toute l'admiration que j'éprouve pour le système judiciaire de la plus ancienne des démocraties contemporaines, pour le pays de la *Magna Carta* (1215) et du *Bill of Rights* (1688), je doute sérieusement que les deux suspects libyens puissent bénéficier d'un procès équitable au Royaume-Uni. Comme l'a fait justement observer le professeur Mauro Cappelletti, même dans le domaine des procès civils :

«On est tenté de penser que, même en Angleterre, l'idée que certains droits et garanties de procédure sont considérés, et depuis longtemps, comme essentiels pour une bonne administration de la justice est, du point de vue juridique, dépourvue de sens.» (*Fundamental Guarantees of the Parties in Civilian Litigation*, publié sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milan, 1973, p. 670.)

62. En ce qui concerne les affaires pénales, la communauté juridique mondiale ne saurait oublier aisément qu'à la fois la Commission européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont conclu que les autorités du Royaume-Uni avaient violé l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme en infligeant à des prisonniers soupçonnés d'avoir commis des actes de terrorisme un traitement inhumain et dégradant — car on avait provoqué chez ces prisonniers «des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale» — et en recourant à ce que l'on a appelé les «cinq techniques», à savoir des méthodes provoquant «du moins de vives souffrances physiques et morales [et] de surcroît ... des troubles psychiques aigus en cours d'interrogatoire» (arrêt du 18 janvier 1978, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, série A, arrêts et décisions*, vol. 25, p. 59-94). Je ne doute nullement que le Gouvernement britannique ait pris cette condamnation très au sérieux et qu'il ait fait tout ce qui lui était possible de faire pour mettre fin à des pratiques aussi inhumaines. Néanmoins, compte tenu du caractère odieux des crimes imputés aux suspects libyens, on peut comprendre qu'aux yeux de certains l'équité puisse avoir des limites à l'égard de ces suspects.

63. Aux Etats-Unis d'Amérique la situation serait encore plus alarmante, et cela en raison de l'importance extraordinaire des grands organes d'information et de la manière dont ces derniers rendent presque impossible le déroulement d'un procès équitable devant un jury d'assises, comme en témoignent les controverses publiques suscitées par ce qui s'est produit dans un certain nombre d'affaires récentes. Une telle situation est

provided for under Article 10 of the 1948 United Nations Universal Declaration of Human Rights; and equally Article 14, paragraph 1, of the 1966 United Nations Convention on Civil and Political Rights, which emphasizes the existence of "special circumstance where publicity would prejudice the interests of justice".

64. At the same time, in view of the fact that the two Libyan suspects were or are still working for the Government of their country, and that their trial could eventually lead to the emergence of a subsequent case of State international responsibility against Libya, I feel that this factual situation constitutes sufficient grounds to doubt that the interest of both the United States and the United Kingdom in ensuring a fair trial could be adequately safeguarded in case the trial were conducted in Libya. Whatever may be the merits of the Libyan judicial system under normal circumstances, the need for an even-handed and just solution leads me to consider, within the special context of the present case, that the Libyan domestic courts could not be the appropriate forum. This conclusion derives logically and necessarily from the fundamental legal principles, deeply rooted in the legal traditions of the major systems, particularly Islamic law (Weeramantry, *Islamic Jurisprudence, an International Perspective*, MacMillan Press, 1988, pp. 76-77 and 79-81), according to which *nemo debet esse judex in propria sua causa*.

65. Under the above-mentioned special circumstances of the dispute between the Parties, and in the exercise of the Court's inherent power for the peaceful settlement of disputes, to ensure the proper administration of justice, and in view of preventing the aggravation and extension of the dispute, I am of the opinion that the Court could have indicated *proprio motu* provisional measures to the effect that:

- Pending a final decision of the Court, the two suspects whose names are identified in the present proceedings should be placed under the custody of the governmental authorities in another State that could ultimately provide a mutually agreed and appropriate forum for their trial.
- Moreover, the Court could have indicated that the Parties should each of them ensure that no action of any kind is taken which might aggravate or extend the dispute submitted to the Court or likely to impede the proper administration of justice.

(Signed) Ahmed Sadek EL-KOSHERI

---

manifestement contraire aux dispositions selon lesquelles toute personne a droit « à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial », qui figurent à l'article 10 de la déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948 par l'Organisation des Nations Unies; et tout autant contraire aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Organisation des Nations Unies en 1966, lequel insiste sur les cas où, en raison des « circonstances particulières de l'affaire, la publicité nuirait aux intérêts de la justice ».

64. Parallèlement, étant donné que les deux suspects libyens travaillaient ou travaillent encore pour le gouvernement de leur pays et que leur procès pourrait finalement déboucher sur une affaire ultérieure de responsabilité internationale des Etats dans laquelle la Libye serait accusée, cette situation de fait constitue selon moi une raison suffisante de douter que, si le procès avait lieu en Libye, cela servirait véritablement l'intérêt manifesté à la fois par les Etats-Unis et par le Royaume-Uni pour ce qui est de faire en sorte qu'il soit équitable. Quels que soient les mérites du système judiciaire libyen dans des circonstances normales, le souci d'une solution impartiale et juste me conduit à considérer, dans le contexte particulier de la présente affaire, que les tribunaux nationaux libyens ne pourraient constituer un *forum conveniens*. Cette conclusion découle logiquement et nécessairement des principes juridiques fondamentaux, profondément enracinés dans les traditions juridiques des principaux systèmes, et en particulier du droit islamique (Weeramantry, *Islamic Jurisprudence, an International Perspective*, MacMillan Press, 1988, p. 76-77 et p. 79-81), selon lesquels *nemo debet esse judex in propria sua causa*.

65. Dans le cadre des circonstances particulières du différend entre les Parties et de l'exercice des pouvoirs dont dispose la Cour pour le règlement pacifique des différends, afin d'assurer la bonne administration de la justice et de prévenir l'aggravation et l'extension du différend, la Cour aurait pu selon moi indiquer d'office des mesures conservatoires visant à ce que:

- en attendant une décision définitive de la Cour, les deux suspects dont les noms sont avancés dans la présente affaire soient confiés à la garde des autorités gouvernementales d'un Etat tiers qui pourrait fournir un *forum conveniens* dans le cadre d'un accord mutuel.
- En outre, la Cour aurait pu indiquer que les Parties devaient, chacune en ce qui la concerne, veiller à ce qu'aucune mesure, quelle qu'elle soit, ne soit prise qui puisse provoquer une aggravation ou une extension du différend soumis à la Cour, ou qui soit de nature à faire obstacle à la bonne administration de la justice.

(Signé) Ahmed Sadek EL-KOSHERI.