

## DISSENTING OPINION OF PRESIDENT SCHWEBEL

I regret that I am unable to agree with the Judgment of the Court. It is arguable that the challenge of the Respondent to the jurisdiction of the Court should not carry. But the reasons so tersely stated by the Court are conclusory rather than elucidatory, and, at most, are barely persuasive in a subsidiary respect. In my view, the Court's conclusions on the admissibility of Libya's Application, and as to whether it has become moot, are unpersuasive.

## JURISDICTION

The question of whether the Court has jurisdiction over a dispute between the Parties under the Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation depends on the resolution of antecedent questions. Does the Montreal Convention apply to the facts at issue in the current case? If it does, do the positions of the Parties in this case give rise to a dispute under the Convention?

The Preamble to the Convention declares its purpose to be that of "detering" unlawful acts against the safety of civil aviation and providing appropriate measures for punishment of offenders. Article 10 provides that contracting States shall "endeavour to take all practicable measure for the purpose of preventing the offences mentioned in Article 1". Article 12 provides that any contracting State having reason to believe one of the offences mentioned in Article 1 will be committed shall furnish relevant information to other States concerned. These provisions may be interpreted to imply that the Convention does not apply to allegations against persons accused of destroying an aircraft who are claimed, as in the instant case, to be acting as agents of a contracting State. Or, if that implication is too extended, those provisions of the Montreal Convention suggest that the Convention would hardly have deterrent effect if the State accused of having directed the sabotage were the only State competent to prosecute the persons accused of the act. At the same time, Article 1 of the Convention capaciously provides that, "Any person" commits an offence under the Convention if he performs an act thereafter listed. Moreover, Libya has not accepted that the accused were agents of its Government.

If it be assumed that the Convention does apply to persons allegedly State agents who are accused of destroying an aircraft, the question then

## OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL, PRÉSIDENT

[Traduction]

Je regrette de ne pas pouvoir souscrire à l'arrêt de la Cour. On peut estimer que le défendeur n'était pas fondé à contester la compétence de la Cour. Mais les motifs énoncés de manière si concise par la Cour ont un caractère plus conclusif qu'explicatif et ne sont guère convaincants pour le moins à l'égard d'un aspect subsidiaire. A mon avis, les conclusions de la Cour sur la recevabilité de la requête de la Libye et sur la question de savoir si cette requête est devenue sans objet n'emportent pas la conviction.

### COMPÉTENCE

La question de savoir si la Cour est compétente pour connaître d'un différend entre les Parties en vertu de la convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile dépend de la manière dont il sera répondu aux questions préalables suivantes. La convention de Montréal s'applique-t-elle aux faits en litige en l'espèce? Dans l'affirmative, les positions des Etats en l'affaire donnent-elles naissance à un différend en vertu de la convention?

Selon le préambule de la convention, cet instrument vise à «prévenir» les actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile et à prévoir des mesures appropriées en vue de la punition de leurs auteurs. Aux termes de l'article 10, les Etats contractants «s'engagent à s'efforcer de prendre les mesures raisonnables en vue de prévenir les infractions visées à l'article premier». En vertu de l'article 12, tout Etat contractant qui a lieu de croire que l'une des infractions prévues à l'article premier sera commise fournit tous renseignements utiles aux autres Etats intéressés. On peut interpréter ces dispositions comme écartant l'application de la convention aux allégations formulées contre des personnes accusées d'avoir détruit un aéronef et qui auraient agi, comme en l'espèce, en tant qu'agents d'un Etat contractant. Mais, si l'on donne ainsi une interprétation trop large de ces dispositions, la convention de Montréal n'aurait guère d'effet préventif si l'Etat accusé d'avoir ordonné le sabotage est le seul Etat compétent pour poursuivre les personnes accusées de cet acte. Il y a aussi lieu de relever que, aux termes de l'article premier, «toute personne» commet une infraction au titre de la convention si elle accomplit un des actes qui y sont énumérés. Quoi qu'il en soit, la Libye n'a pas admis que les personnes accusées soient des agents de son gouvernement.

Si l'on suppose que la convention s'applique à des personnes qui seraient des agents d'un Etat qui sont accusés d'avoir détruit un aéronef,

arises whether there is a dispute between Libya and the Respondent *under the Convention*.

It is difficult to show, and in its Judgment the Court in my view does not show (as contrasted with concluding), that the Respondent can be in violation of provisions of the Montreal Convention, with the possible exception of Article 11; the Court does not show that there is a dispute between the Parties over such alleged violations. The Convention in the circumstances of the case imposes multiple obligations on Libya. None of the articles of the Convention invoked by Libya in the circumstances of this case imposes obligations on the Respondent (as demonstrated by Sir Robert Jennings in his dissenting opinion). At most, it might be maintained that there is a dispute over breach of an obligation under Article 11, which provides in paragraph 1 that,

“Contracting States shall afford one another the greatest measure of assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of the offences. The law of the State requested shall apply in all cases.”

The Respondent, the State requested, has provided Libya with the indictment, but, in reliance upon the resolutions of the Security Council and its own law, has not, despite Libyan requests, done more. If in fact Libya has brought criminal proceedings against the accused, there is arguable ground for alleging the existence of a dispute under Article 11, though in truth the dispute is over the force of the Security Council’s resolutions.

The Court principally relies, in upholding jurisdiction, on its unexplicated conclusion that, in view of the positions of the Parties, there exists between them a dispute regarding the interpretation and application of Article 7. Article 7 provides:

“The Contracting State in the territory of which the alleged offender is found shall, if it does not extradite him, be obliged, without exception whatsoever and whether or not the offence was committed on its territory, to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution. Those authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State.”

The Respondent has not disputed Libya’s obligation to prosecute the accused under Article 7 if Libya does not extradite them. It rather maintains that Libya is obliged by the supervening resolutions of the Security Council to surrender the accused for trial in the United States or the United Kingdom. Libya challenges this reading of the resolutions of the Security Council and contends that, if it is the right reading, the resolutions of the Security Council are unlawful and *ultra vires*. That is to say, there is no dispute between the Parties in this regard under Article 7 of the Montreal Convention. There is a dispute over the meaning, legality

la question se pose alors de savoir s'il existe un différend entre la Libye et le défendeur *en vertu de la convention*.

Il est difficile de démontrer et, selon moi, la Cour ne le démontre pas dans son arrêt (qui conclut, ce qui est différent) que le défendeur pourrait avoir violé les dispositions de la convention de Montréal, sauf peut-être en ce qui concerne l'article 11; la Cour ne démontre pas qu'il existe un différend entre les Parties sur ces violations alléguées. Dans les circonstances de l'espèce, la convention impose de multiples obligations à la Libye. Aucun des articles de la convention invoqués par la Libye dans les circonstances de l'espèce n'impose cependant des obligations au défendeur (comme le démontre sir Robert Jennings dans son opinion dissidente). On pourrait tout au plus faire valoir qu'il existe un différend sur le non-respect d'une obligation au titre de l'article 11 dont le paragraphe 1 dispose que:

«Les Etats contractants s'accordent l'entraide judiciaire la plus large possible dans toute procédure pénale relative aux infractions. Dans tous les cas, la loi applicable pour l'exécution d'une demande d'entraide est celle de l'Etat requis.»

Le défendeur, à savoir l'Etat requis, a communiqué à la Libye un acte d'accusation mais, conformément aux résolutions du Conseil de sécurité et à sa propre législation, il n'a rien fait d'autre, malgré les demandes de la Libye. Si la Libye avait effectivement engagé des poursuites pénales contre les accusés, on pourrait alors invoquer l'existence d'un différend sur la base de l'article 11, bien que le différend porte en réalité sur la valeur des résolutions du Conseil de sécurité.

La Cour se fonde principalement, pour établir sa compétence, sur la conclusion, qu'elle n'explique pas, que compte tenu des positions des Parties, il existe entre elles un différend concernant l'interprétation et l'application de l'article 7, qui est ainsi conçu:

«L'Etat contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé de l'une des infractions est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, sans aucune exception et que l'infraction ait ou non été commise sur son territoire, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. Ces autorités prennent leur décision dans les mêmes conditions que pour toute infraction de droit commun de caractère grave conformément aux lois de cet Etat.»

Le défendeur n'a pas contesté l'obligation incombant à la Libye de poursuivre les accusés conformément à l'article 7 si elle ne les extrade pas. Il soutient cependant que la Libye est tenue, conformément aux résolutions adoptées par le Conseil de sécurité à ce sujet, de remettre les accusés pour qu'ils soient jugés aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni. La Libye conteste une telle interprétation des résolutions du Conseil de sécurité et soutient que, si une telle interprétation était exacte, les résolutions du Conseil de sécurité seraient illicites et constitueraient un excès de pouvoir. Il n'y a donc pas de différend entre les Parties à cet égard au titre de

and effectiveness of the pertinent resolutions of the Security Council. The latter dispute may not be equated with the former. Consequently it does not fall within the jurisdiction of the Court under Article 14 of the Montreal Convention, which confines the Court's jurisdiction to "Any dispute between two or more Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention . . .". Libya's complaint that the Security Council has acted unlawfully can hardly be a claim under the Montreal Convention falling within the jurisdiction of the Court pursuant to that Convention.

The Court holds that there is a further, overarching dispute between the Parties, because

"the Parties differ on the question whether the destruction of the Pan Am aircraft over Lockerbie is governed by the Montreal Convention. A dispute thus exists between the Parties as to the legal régime applicable to this event. Such a dispute, in the view of the Court, concerns the interpretation and application of the Montreal Convention, and in accordance with Article 14, paragraph 1, of the Convention, falls to be decided by the Court." (Judgment, para. 25.)

That holding is not without formal force. But, as in this case, it lends itself to undue extension of the jurisdiction of the Court. If two States are parties to a treaty affording jurisdiction to the Court in disputes over its interpretation or application, is there a dispute under the treaty merely because one party so maintains — or maintains that the treaty constitutes the governing legal régime — while the other denies it?

It is in any event obvious that the Montreal Convention cannot afford the Court jurisdiction over Libya's submission that the Respondent

"is under a legal obligation to respect Libya's right not to have the Convention set aside by means which would in any case be at variance with the principles of the United Nations Charter and with the mandatory rules of general international law prohibiting the use of force and the violation of the sovereignty, territorial integrity, sovereign equality and political independence of States" (Memorial of Libya, Submissions, p. 242, para. 8.1 (*d*)).

Disputes under the Montreal Convention do not import those arising under the Charter and customary international law. Yet the Court's holding on this submission is equivocal. While it states that it cannot uphold the Respondent's objection, at the same time it confines the Court's jurisdiction to actions alleged to be at variance with the provisions of the Montreal Convention.

Finally, in respect of jurisdiction, the Court observes that Security

l'article 7 de la convention de Montréal, alors qu'il y a un différend entre elles sur le sens, la licéité et l'effet des résolutions pertinentes du Conseil de sécurité. Ce dernier différend ne saurait être assimilé au premier et ne relève donc pas de la compétence de la Cour en vertu de l'article 14 de la convention de Montréal, qui limite cette compétence à «tout différend entre des Etats contractants concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention...» L'affirmation de la Libye selon laquelle le Conseil de sécurité aurait agi illicitement ne peut guère être considérée comme un grief formulé au titre de la convention relevant de la compétence de la Cour conformément à cette convention.

La Cour est d'avis qu'il existe un autre différend essentiel entre les Parties, car

«les Parties s'opposent sur la question de savoir si la destruction de l'appareil de la Pan Am au-dessus de Lockerbie est régie par la convention de Montréal. Il existe donc un différend entre les Parties sur le régime juridique applicable à cet événement. Un tel différend concerne, de l'avis de la Cour, l'interprétation et l'application de la convention de Montréal, et, conformément au paragraphe 1 de l'article 14 de la convention, il appartient à la Cour de le trancher.» (Arrêt, par. 25.)

Cette conclusion ne manque pas formellement de valeur. Mais, en l'espèce, elle tend à étendre indûment la compétence de la Cour. Si deux Etats sont parties à un traité prévoyant la compétence de la Cour pour connaître des différends concernant son interprétation ou son application, y aurait-il un différend en vertu du traité du fait simplement qu'une partie est de cet avis — ou est d'avis que le traité constitue le seul régime juridique applicable — alors que l'autre partie le conteste?

Il est cependant manifeste que la convention de Montréal ne saurait donner à la Cour compétence pour se prononcer sur la conclusion de la Libye selon laquelle le défendeur

«est juridiquement tenu de respecter le droit de la Libye à ce que cette convention ne soit pas écartée par des moyens qui seraient au demeurant en contradiction avec les principes de la Charte des Nations Unies et du droit international général de caractère impératif qui prohibent l'utilisation de la force et la violation de la souveraineté, de l'intégrité territoriale, de l'égalité souveraine des Etats et de leur indépendance politique» (mémoire de la Libye, conclusions, p. 242, par. 8.1 d)).

Il convient toutefois de ne pas confondre les différends au titre de la convention de Montréal avec ceux découlant de la Charte et du droit international coutumier. L'avis de la Cour sur ce point est cependant équivoque puisque, tout en affirmant ne pas pouvoir accueillir l'exception du défendeur, elle limite sa compétence à des actes qui seraient contraires aux dispositions de la convention de Montréal.

La Cour fait finalement observer, au sujet de sa compétence, que le

Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) were adopted after the filing of Libya's Application on 3 March 1992. It holds that, in accordance with its established jurisprudence, if the Court had jurisdiction on that date, it continues to do so; subsequent adoption of the Security Council's resolutions cannot affect its jurisdiction once established. That holding by its terms does not resolve whether, on 3 March 1992, the Court had jurisdiction. For the reasons set out above, the conclusion that it did is dubious.

Moreover, the cases on which the Court relies in so holding hardly seem to apply to the instant situation. The question at issue in the relevant phase of the *Nottebohm* case was whether, where jurisdiction had been established at the date of the application by Declarations under the Optional Clause, it could be disestablished by subsequent lapse of a Declaration by expiry or denunciation. Inevitably the Court held that it could not. In the case concerning *Right of Passage over Indian Territory*, the Court concordantly held that,

"It is a rule of law generally accepted, as well as one acted upon in the past by the Court, that, once the Court has been validly seised of a dispute, unilateral action by the respondent State in terminating its Declaration . . . cannot divest the Court of jurisdiction." (*Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 142.)

Nothing of the kind at issue in either of those cases is pertinent to the instant case. There is no question of the Respondent unilaterally taking action that purports to denounce the Montreal Convention or to excise Article 14 thereof. Rather the Security Council has taken multilateral action in pursuance of its Charter powers by adopting resolution 748 (1992) which, as the Court held at the provisional measures stage of this case, both Libya and the Respondent, "as Members of the United Nations, are obliged to accept and carry out . . . in accordance with Article 25 of the Charter" (*I.C.J. Reports 1992*, p. 15). The Court then held that, "in accordance with Article 103 of the Charter, the obligations of the Parties in that respect prevail over their obligations under any other international agreement, including the Montreal Convention" (*ibid.*). That is no less true in 1998 than it was in 1992.

In its Judgment on jurisdiction and admissibility of 11 July 1996 in *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, the Court held that, "It is the case that the jurisdiction of the Court must normally be assessed on the date of the filing of the act instituting proceedings." (*I.C.J. Reports 1996*, p. 613, para. 26.) This most recent holding on the question imports that what is normal is not invariable; there is room for special treatment of the abnormal. The instant case, in which the Applicant challenges the legality and applica-

Conseil de sécurité a adopté ses résolutions 748 (1992) et 883 (1993) après le dépôt de la requête de la Libye le 3 mars 1992. Elle estime que, conformément à sa jurisprudence constante, si la Cour était compétente à cette date, elle l'est demeurée et l'adoption ultérieure des résolutions du Conseil de sécurité ne saurait avoir d'effet sur sa compétence une fois qu'elle a été établie. Telle qu'elle est formulée, cette conclusion ne règle cependant pas la question de savoir si, le 3 mars 1992, la Cour avait bien compétence. C'est pourquoi il est discutable que la Cour conclue que tel était le cas.

De plus, les précédentes affaires sur lesquelles la Cour se fonde à cet effet ne semblent guère s'appliquer à la situation considérée. Il s'agissait en effet, dans la phase pertinente de l'affaire *Nottebohm*, de savoir si, une fois la compétence établie à la date du dépôt de la requête à la suite de déclarations faites conformément à la clause facultative, cette compétence pouvait être ensuite écartée du fait de la caducité ultérieure d'une déclaration parce qu'elle est venue à expiration ou a été dénoncée. La Cour a été inévitablement d'avis que tel ne saurait être le cas. Dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, la Cour a été en conséquence d'avis que :

«C'est une règle de droit généralement acceptée et appliquée dans le passé par la Cour qu'une fois la Cour valablement saisie d'un différend, l'action unilatérale de l'Etat défendeur, dénonçant ... sa déclaration, ne peut retirer compétence à la Cour.» (*Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 142.)

Mais aucune des questions soulevées dans ces affaires n'est pertinente en l'espèce. Le défendeur n'a pris aucune mesure unilatérale tendant à dénoncer la convention de Montréal ou à en retrancher l'article 14. C'est plutôt le Conseil de sécurité qui a pris des mesures multilatérales conformément aux pouvoirs qui lui sont conférés par la Charte en adoptant la résolution 748 (1992) que, comme la Cour l'a estimé au stade de la présente affaire relatif aux mesures conservatoires, tant la Libye que le défendeur, «en tant que Membres de l'Organisation des Nations Unies, sont dans l'obligation d'accepter et d'appliquer ... conformément à l'article 25 de la Charte» (*C.I.J. Recueil 1992*, p. 15.) La Cour a alors affirmé que «conformément à l'article 103 de la Charte, les obligations des Parties à cet égard prévalent sur leurs obligations en vertu de tout autre accord international, y compris la convention de Montréal» (*ibid.*). Cela n'est pas moins vrai en 1998 que cela l'était en 1992.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 11 juillet 1996 dans la phase relative à la compétence et à la recevabilité en l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour avait dit que, certes, «la compétence de la Cour doit normalement s'apprécier à la date du dépôt de l'acte introductif d'instance» (*C.I.J. Recueil 1996*, p. 613, par. 26). Cette opinion, la plus récente formulée en la matière, semble indiquer que ce qui est normal n'est pas invariable; et qu'il serait possible de réserver un traitement particulier aux situations



bility to it of resolutions of the Security Council adopted to deal with what the Council held to be a threat to international peace, surely is one to be treated in the exceptional way to which the Court opened the door in 1996.

#### ADMISSIBILITY AND MOOTNESS

The Respondent objects to the admissibility of Libya's claims in reliance upon Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993), which, having been adopted under Chapter VII of the Charter, are binding and govern the Montreal Convention by virtue of Article 103 of the Charter. It maintained that the Court is not empowered to overturn the decisions of the Security Council and certainly is not authorized to overturn the Council's determination under Chapter VII of the existence of a threat to the peace and its choice of measures to deal with the threat. Libya, among other arguments, invoked the Court's holding in *Border and Transborder Armed Actions* that, "The critical date for determining the admissibility of an application is the date on which it is filed (cf. *South West Africa, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1962*, p. 344)" (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, I.C.J. Reports 1988*, p. 95).

In its Judgment, the Court upholds this submission of Libya, declaring that,

"The date, 3 March 1992, on which Libya filed its Application, is in fact the only relevant date for determining the admissibility of the Application. Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) cannot be taken into consideration in this regard since they were adopted at a later date." (Para. 44.)

It is solely on this ground that the Court dismisses the Respondent's objection to the admissibility of the Application. It is solely on this ground that the Court finds it right, at this stage of the proceedings, to put aside resolutions of the Security Council adopted to deal with what the Council has found to be acts of international terrorism that constitute threats to international peace and security. ("Acts", rather than the atrocious act of destroying the aircraft of Pan American flight 103, not only because Libyan agents are alleged by French authorities to have destroyed Union de transports aériens flight 772 on 19 September 1989, another atrocity addressed by the Security Council in resolutions 731 (1992), 748 (1992) and 883 (1993). That allegation has led French juge d'instruction Jean-Louis Bruguière, after extensive investigation completed on 29 January 1998, to call for trial of six alleged Libyan secret service or former secret service agents, including a brother-in-law of Colonel Qaddafi (a trial which, under French law, can take place *in absentia*) (*Le Monde*, 31 January 1998, p. 11). The Security Council also has chosen to act

anormales. La présente affaire, où le demandeur conteste la licéité et l'applicabilité à son égard de résolutions du Conseil de sécurité adoptées pour traiter une situation que le Conseil a estimée comme constituant une menace contre la paix internationale, mérite certainement d'être traitée de la manière exceptionnelle que la Cour a laissé envisager en 1996.

#### RECEVABILITÉ ET DÉFAUT D'OBJET DES DEMANDES

Le défendeur conteste la recevabilité des demandes de la Libye en invoquant les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité qui, ayant été adoptées au titre du chapitre VII de la Charte, seraient obligatoires et primeraient sur la convention de Montréal en vertu de l'article 103 de la Charte. Il soutient que la Cour ne saurait annuler les décisions du Conseil de sécurité et n'est certainement pas habilitée à mettre en cause la constatation faite par le Conseil, conformément au chapitre VII, de l'existence d'une menace contre la paix ni son choix de mesures pour parer à une telle menace. La Libye a invoqué entre autres arguments, pour sa part, la conclusion de la Cour dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, selon laquelle «la date critique à retenir pour déterminer la recevabilité d'une requête est celle de son dépôt (voir *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires*, C.I.J. Recueil 1962, p. 344)» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité*, C.I.J. Recueil 1988, p. 95).

Dans son arrêt, la Cour admet cet argument de la Libye en déclarant que :

«La date du 3 mars 1992 à laquelle la Libye a déposé sa requête est en effet la seule date pertinente aux fins d'apprécier la recevabilité de celle-ci. Les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité ne sauraient être prises en considération à cet égard dès lors qu'elles ont été adoptées à une date ultérieure.» (Par. 44.)

C'est seulement pour ce motif que la Cour rejette l'exception du défendeur à l'égard de la recevabilité de la requête. C'est seulement pour ce motif que la Cour estime pouvoir écarter, au stade actuel de l'instance, les résolutions que le Conseil de sécurité a adoptées pour traiter ce que le Conseil a considéré comme des actes de terrorisme international constituant des menaces pour la paix et la sécurité internationales. («Des actes», et non pas seulement l'acte atroce de destruction de l'appareil de la Pan Am assurant le vol 103, puisque, selon les autorités françaises, des agents libyens auraient détruit, le 19 septembre 1989, l'appareil de l'Union de transports aériens assurant le vol 772, autre atrocité visée par le Conseil de sécurité dans ses résolutions 731 (1992), 748 (1992) et 883 (1993). Cette allégation a conduit le juge d'instruction français, M. Jean-Louis Bruguière, après une longue enquête qui s'est achevée le 29 janvier 1998, à demander que six agents ou anciens agents présumés des services de renseignement libyens, dont un beau-frère du colonel Kadhafi, soient traduits en justice (ils peuvent, selon le droit français, être jugés par contumace) (*Le Monde*, 31 janvier 1998,

under Chapter VII of the Charter in view of its broader determination in resolution 748 (1992) “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”.)

In my view, the holding of the Court is, on the facts of this case, even less persuasive in respect of admissibility than it is in respect of jurisdiction. It may be recalled that, in customary international law, the admissibility of a claim espoused by a State, under the rule of nationality of claims, is determined not as of the date of filing but as of the date of judgment. It may also be observed that the whole basis on which the Court in 1992 proceeded in approving its Order rejecting the provisional measures sought by Libya was that of the applicability, as of the date of its Order, of Security Council resolution 748 (1992), adopted after the date of the filing of Libya’s Application and Libya’s request for the indication of provisional measures.

There is little in the legal literature on the question of whether, in the jurisprudence of the Court, admissibility must be assessed as of the date of application, perhaps because the quoted holding of the Court in the case concerning *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)* is the only such general holding of the Court. In the latest edition of his magisterial work, Shabtai Rosenne writes that the date of the filing of the act instituting the proceedings is the date “by reference to which the existence of the dispute and the admissibility of the case are normally determined . . .” (*The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, Vol. II, pp. 521-522). That appraisal leaves room for not necessarily determining admissibility as of the date of the application.

The Court’s holding in the *Border and Transborder Armed Actions* case referred to its prior holding in the *South West Africa* cases. In those cases, as well as in *Border and Transborder Armed Actions*, the issue was not generally whether admissibility of an application is determined as of the date of the application but specifically whether an alleged impossibility of settling the dispute by negotiation could only refer to the time when the applications were filed. (*South West Africa, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1962*, p. 344; *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 95. See also to similar effect, *Right of Passage over Indian Territory, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1957*, p. 148.) The utility of determining that question as of the date of the filing of the application is clear. But whether it follows that, generally and in all cases, the admissibility of an application is to be determined as of the date of its filing, is not so clear. It may indeed be asked whether the Court’s apparently general holding in *Border and Transborder Armed*

p. 11). Le Conseil de sécurité a également choisi d'agir conformément au chapitre VII de la Charte lorsqu'il a constaté, d'une manière plus générale, dans sa résolution 748 (1992), que «le défaut de la part du Gouvernement libyen de montrer 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».)

Sur la base des faits de la présente affaire, la conclusion de la Cour est, selon moi, encore moins convaincante en ce qui concerne la recevabilité qu'à l'égard de la compétence. Il convient de rappeler que, en droit international coutumier, la recevabilité d'une demande appuyée par un Etat doit être déterminée, conformément à la règle de la nationalité des demandes, non pas à la date de son dépôt mais à celle du jugement. Il convient également d'observer que, dans son ordonnance de 1992 rejetant les mesures conservatoires demandées par la Libye, la Cour s'est entièrement fondée sur l'applicabilité, à la date de cette ordonnance, de la résolution 748 (1992), adoptée par le Conseil de sécurité après la date du dépôt de la requête de la Libye et de la demande en indication de mesures conservatoires de la Libye.

La doctrine est peu abondante sur la question de savoir si, selon la jurisprudence de la Cour, la recevabilité doit être déterminée à la date de la requête, peut-être en raison du fait que la conclusion susmentionnée de la Cour dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)* est la seule opinion de caractère général de la Cour sur ce point. Dans la dernière édition de son ouvrage magistral, Shabtai Rosenne dit que la date du dépôt de l'acte introductif d'instance est la date «par rapport à laquelle l'existence du différend et la recevabilité de la requête sont normalement déterminées...» (*The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*, vol. II, p. 521-522). Selon ce point de vue, il n'y a pas nécessairement lieu de déterminer la recevabilité à la date de la requête.

Dans la conclusion qu'elle a formulée dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, la Cour s'est référée à la conclusion qu'elle avait exprimée dans les affaires du *Sud-Ouest africain*. Dans ces dernières affaires, ainsi que dans la première, il s'agissait de savoir non pas, d'une manière générale, si la recevabilité d'une requête doit être déterminée à la date de son dépôt, mais si, spécifiquement, une prétendue impossibilité de régler le différend par la négociation ne pouvait avoir trait qu'au moment où les requêtes avaient été déposées (*Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1962*, p. 344; *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988*, p. 95. Voir, de manière analogue, l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 148.) L'intérêt de déterminer cette question à la date du dépôt de la requête est évident. Reste cependant à savoir si, d'une manière générale et dans tous les cas, la recevabilité d'une requête doit être déterminée à la date de son dépôt, ce qui n'est pas si évident. On

*Actions* is meant to have the comprehensive force which the Court assigns to it in this case, in view of the restricted concern of the Court in that and the other cases cited.

Moreover, the following lines of that Judgment significantly qualify the sweep of the first sentence of the paragraph. It is instructive to quote the first sentence in the context of the following sentences:

“The critical date for determining the admissibility of an application is the date on which it is filed (cf. *South West Africa, Preliminary Objections, I.C.J. Reports 1962*, p. 344). It may however be necessary, in order to determine with certainty what the situation was at the date of filing of the Application, to examine the events, and in particular the relations between the Parties, over a period prior to that date, and indeed during the subsequent period. Furthermore, subsequent events may render an application without object, or even take such a course as to preclude the filing of a later application in similar terms.” (*I.C.J. Reports 1988*, p. 95, para. 66.)

In the case before the Court, it is precisely such “subsequent events”, namely adoption by the Security Council of resolutions 748 (1992) and 883 (1993), that render Libya’s Application “without object”, that is to say, moot. Accordingly any judgment by the Court could have no lawful effect on the rights and obligations of the Parties in light of the Council’s binding decisions and would thus not be within the proper judicial function of the Court.

In the case concerning *Northern Cameroons*, the Court declared:

“The function of the Court is to state the law, but it may pronounce judgment only in connection with concrete cases where there exists at the time of the adjudication an actual controversy involving a conflict of legal interests between the parties. The Court’s judgment must have some practical consequence in the sense that it can affect existing legal rights or obligations of the parties, thus removing uncertainty from their legal relations. No judgment on the merits in this case could satisfy these essentials of the judicial function.” (*Northern Cameroons, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1963*, pp. 33-34.)

The Court concluded:

“The Court must discharge the duty to which it has already called attention — the duty to safeguard the judicial function. Whether or not at the moment the Application was filed there was jurisdiction in the Court to adjudicate upon the dispute submitted to it, circumstances that have since arisen render any adjudication devoid of pur-

peut en effet se demander s'il convient de donner à la conclusion apparemment générale formulée par la Cour dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, la valeur très générale que la Cour lui attribue en l'espèce, compte tenu de l'intérêt restreint que cette affaire et les autres affaires susmentionnées présentaient pour la Cour.

Par ailleurs, le passage qui suit de l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières* nuance sensiblement la portée générale du paragraphe concerné. Il est riche d'enseignements de citer cette première phrase en même temps que celles qui suivent :

«La date critique à retenir pour déterminer la recevabilité d'une requête est celle de son dépôt (cf. *Sud-Ouest africain, exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1962*, p. 344). Il peut toutefois être nécessaire, pour déterminer avec certitude quelle était la situation à la date du dépôt de la requête, d'examiner les événements, et en particulier les relations entre les parties, pendant une période antérieure à cette date, voire pendant la période qui a suivi. En outre, il se peut que des événements privent ensuite la requête de son objet ou qu'ils prennent même une tournure telle qu'une nouvelle requête ne pourrait par la suite être déposée dans des termes analogues (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 95, par. 66.)

Dans la présente affaire, ce sont précisément de tels «événements postérieurs», à savoir l'adoption par le Conseil de sécurité de ses résolutions 748 (1992) et 883 (1993), qui ont rendu la requête de la Libye sans objet, autrement dit *moot*. En conséquence, aucun arrêt de la Cour ne saurait avoir d'effet juridique sur les droits et obligations des Parties eu égard aux décisions obligatoires du Conseil et ne saurait donc entrer dans le cadre de la fonction judiciaire propre à la Cour.

Dans l'affaire du *Cameroun septentrional*, la Cour a déclaré :

«La fonction de la Cour est de dire le droit, mais elle ne peut rendre des arrêts qu'à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties. L'arrêt de la Cour doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits ou obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques. En l'espèce, aucun arrêt rendu au fond ne pourrait répondre à ces conditions essentielles de la fonction judiciaire.» (*Cameroun septentrional, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1963*, p. 33-34.)

La Cour a conclu :

«La Cour doit s'acquitter du devoir sur lequel elle a déjà appelé l'attention et qui consiste à sauvegarder sa fonction judiciaire. Qu'au moment où la requête a été déposée la Cour ait eu ou non compétence pour trancher le différend qui lui était soumis, il reste que les circonstances qui se sont produites depuis lors rendent toute décision

pose. Under these conditions, for the Court to proceed further in the case would not, in its opinion, be a proper discharge of its duties.” (*I.C.J. Reports 1963*, p. 38.)

In the two cases on *Nuclear Tests*, the Court held:

“The Court, as a court of law, is called upon to resolve existing disputes between States. Thus the existence of a dispute is the primary condition for the Court to exercise its judicial function; it is not sufficient for one party to assert that there is a dispute, since ‘whether there exists an international dispute is a matter for objective determination’ by the Court . . . The dispute brought before it must therefore continue to exist at the time when the Court makes its decision. It must not fail to take cognizance of a situation in which the dispute has disappeared . . . all the necessary consequences must be drawn from this finding.

Thus the Court concludes that, the dispute having disappeared, the claim advanced . . . no longer has any object. It follows that any further finding would have no *raison d’être*.

The Court therefore sees no reason to allow the continuance of proceedings which it knows are bound to be fruitless.

The object of the claim having clearly disappeared, there is nothing on which to give judgment.” (*Nuclear Tests (Australia v. France)*, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 270-272, paras. 55-56, 58-59. See also *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, *I.C.J. Reports 1974*, pp. 476-477, paras. 58-59, 61-62.)

It follows that, in the case now before the Court, the Court should have held Libya’s claims to be inadmissible, or at any rate moot, on the ground that the issues between it and the Respondent have been determined by decisions of the Security Council which bind the Parties and which, pursuant to Article 103 of the Charter, prevail over any rights and obligations that Libya and the Respondent have under the Montreal Convention. If the Court had done so, it would have removed a prolonged challenge to the exercise by the Security Council of its Charter responsibilities and presumably promoted Libya’s compliance with its obligations, under Article 25 of the Charter, “to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter”.

#### AN EXCLUSIVELY PRELIMINARY CHARACTER

However, the Court’s Judgment holds that it may not so determine at this stage of the proceedings because of the terms of Article 79 of the

judiciaire sans objet. La Cour estime dans ces conditions que, si elle examinait l'affaire plus avant, elle ne s'acquitterait pas des devoirs qui sont les siens.» (*C.I.J. Recueil 1963*, p. 38.)

Dans les deux affaires des *Essais nucléaires*, la Cour a estimé:

«La Cour, comme organe juridictionnel, a pour tâche de résoudre des différends existants entre Etats. L'existence d'un différend est donc la condition première de l'exercice de sa fonction judiciaire; on peut se contenter à cet égard des affirmations d'une partie car «l'existence d'un différend international demande à être établie objectivement» par la Cour ... Le différend dont la Cour a été saisie doit donc persister au moment où elle statue. Elle doit tenir compte de toute situation dans laquelle le différend a disparu ... il faut en tirer les conséquences qui s'imposent.

.....  
C'est pourquoi la Cour conclut que, le différend ayant disparu, la demande présentée ... ne comporte plus d'objet. Il en résulte qu'aucune autre constatation n'aurait de raison d'être.

.....  
La Cour ne voit donc pas de raison de laisser se poursuivre une procédure qu'elle sait condamnée à rester stérile.

.....  
La demande ayant manifestement perdu son objet, il n'y a rien à juger.» (*Essais nucléaires (Australie c. France)*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 270-272, par. 55-56, 58-59; voir également *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)*, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 476-477, par. 58-59, 61-62.)

Il s'ensuit donc que, dans l'affaire dont elle est actuellement saisie, la Cour aurait dû considérer les demandes de la Libye comme irrecevables, ou en tout cas dépourvues d'objet, étant donné que les questions qui se posent entre elle et le défendeur ont été tranchées par des décisions du Conseil de sécurité qui s'imposent aux Parties et que, conformément à l'article 103 de la Charte, ces décisions prévalent sur tous les autres droits et obligations de la Libye et du défendeur au titre de la convention de Montréal. Si la Cour s'était prononcée de la sorte, elle aurait fait cesser une longue contestation de l'exercice, par le Conseil de sécurité, de ses responsabilités en vertu de la Charte, et encouragé probablement la Libye à respecter l'obligation qui lui incombe, aux termes de l'article 25 de la Charte, «d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte».

#### UN CARACTÈRE EXCLUSIVEMENT PRÉLIMINAIRE

Cependant, dans son arrêt, la Cour estime ne pas pouvoir se prononcer ainsi au stade actuel de l'instance en raison des termes de l'article 79 de



Rules of Court. That article provides that its judgment on preliminary objections, whether they be to the jurisdiction or to the admissibility of the application, "or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits", shall either uphold the objection, reject it, "or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character". The Court concludes that the objection that Libya's claims are without object constitutes in many respects the very subject-matter of any judgment on the merits and, hence, since it does not possess an exclusively preliminary character, must be remitted to the stage of the merits.

In my view, the Court's conclusion in this regard is substantial and, unlike some of its other conclusions, draws support from the reasoning and authority set out in the Judgment. But is the Court's conclusion, however plausible, compelling?

I do not find it so for these reasons. The Court takes an absolute view of an admittedly absolute term, "exclusively". It holds that the Respondent's objections are not exclusively preliminary in character. But it will be the rare preliminary objection that actually is exclusively preliminary in character. This will especially be so if the wide construction given by the Court in the current case to the meaning of "exclusively" is followed in future cases. The fact that a preliminary objection, if upheld, will dispose of the merits of the case in the sense of preventing a hearing of them proves nothing; all preliminary objections, if sustained, have this effect. More than this, Article 79 qualifies the conclusion that the objection does not possess an exclusively preliminary character by specifying that it "does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character". In the circumstances of this case, concerned as it is or should be with jurisdiction under the Montreal Convention — and there is no other ground for jurisdiction — a plea that the case should not proceed to a consideration of the merits of rights and obligations under the Montreal Convention because resolutions of the Security Council render such consideration without object must be treated as a plea of an exclusively preliminary character.

It may be added that, in the circumstances of this case, the Parties have extensively argued elements of the case which the Court now remits to the merits as part of the very subject-matter of the merits (as indeed the Parties did at the stage of provisional measures). Presumably they did so by dint of construction of paragraph 6 of Article 79 of the Rules, which provides that,

"In order to enable the Court to determine its jurisdiction at the preliminary stage of the proceedings, the Court, whenever necessary, may request the parties to argue all questions of law and fact, and to adduce all evidence, which bear on the issue."

son Règlement. Selon cet article, la Cour doit, pour statuer sur toute exception, qu'il s'agisse d'une exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou de « toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive », soit retenir l'exception, soit la rejeter ou déclarer que « cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire ». La Cour conclut que l'exception selon laquelle les demandes de la Libye seraient sans objet constitue à bien des égards l'objet même de toute décision sur le fond et que, n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire, cette exception doit être renvoyée au stade de l'examen au fond.

Selon moi, la conclusion formulée par la Cour à cet égard est importante et s'appuie, contrairement à certaines de ses autres conclusions, sur les motifs et arguments énoncés dans l'arrêt. Mais, pour plausible qu'elle soit, cette conclusion de la Cour est-elle déterminante?

Je ne le pense pas pour les raisons suivantes. La Cour donne une valeur décisive au terme « exclusivement » dont on reconnaît en général le caractère absolu. Elle estime que les exceptions du défendeur n'ont pas un caractère exclusivement préliminaire. Rares peuvent être cependant les exceptions préliminaires ayant vraiment un caractère exclusivement préliminaire. Il en sera particulièrement ainsi si la Cour maintient à l'avenir le sens large qu'elle donne en la présente affaire au terme « exclusivement ». Le fait qu'une exception préliminaire, si elle était retenue, déciderait du fond de l'affaire dans la mesure où elle en empêcherait l'examen, ne prouve rien; toutes les exceptions préliminaires, si elles sont retenues, ont ce même effet. En outre, l'article 79 limite l'irrecevabilité d'une exception n'ayant pas un caractère exclusivement préliminaire en précisant qu'il vise une exception qui « n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire ». Dans les circonstances de la présente affaire, qui soulève ou devrait soulever la question de la compétence au titre de la convention de Montréal — seule base de compétence possible —, l'argument selon lequel il n'y a pas lieu d'examiner quant au fond les droits et obligations découlant de cette convention, puisque des résolutions du Conseil de sécurité rendent un tel examen sans objet, doit être considéré comme un argument ayant un caractère exclusivement préliminaire.

On peut ajouter que, dans les circonstances de l'espèce, les Parties ont, notamment lors de l'examen des mesures conservatoires, amplement discuté des éléments de l'affaire que la Cour renvoie maintenant au stade du fond comme faisant partie de l'objet même du fond du différend. Elles ont sans doute pu le faire sur la base du paragraphe 6 de l'article 79 du Règlement, aux termes duquel:

« Pour permettre à la Cour de se prononcer sur sa compétence au stade préliminaire de la procédure, la Cour peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve, qui ont trait à la question. »

They may also have had regard to the first paragraph of Article 79, which speaks of any other objection the decision upon which is requested before any "further" proceedings on the merits. The Court made no effort to limit the arguments of the Parties embracing elements of what it now treats as the merits. I do not think that the Court need now require, as it does require, the Parties to argue these elements once more — actually, for a third time — before it passes upon them and disposes of these objections. To have done so at this stage the Court needed neither the resolution of disputed facts nor the consideration of further evidence. To have ruled on the question of whether the resolutions of the Security Council render Libya's invocation of the Montreal Convention moot would not have entailed adjudicating the merits of the case in so far as it relates to what may be within the jurisdiction of the Court under the Montreal Convention. Important questions which may arise on the merits would in any event remain unaddressed, such as the propriety of the trial of the suspects in the United States or in the United Kingdom.

The Court's decision in effect to join the preliminary objections to the merits, a decision based essentially upon its literal construction of a word of a Rule of Court, does not appear consistent with the design of the Court in amending the Rules of Court in 1972. It has regrettable if unintended results, the least of which is requiring the Parties to argue, and the Court to hear, arguments on those objections, or some of those objections, for a third time. It will prolong a challenge to the integrity and authority of the Security Council. It may be taken as providing excuse for continued defiance of the Council's binding resolutions. It may be seen as prejudicing an important contemporary aspect of the Council's efforts to maintain international peace and security by combatting State-sponsored international terrorism. Justice for the victims of an appalling atrocity may be further delayed and denied. The Court may have opened itself, not only in this but in future cases, to appearing to offer to recalcitrant States a means to parry and frustrate decisions of the Security Council by way of appeal to the Court.

#### JUDICIAL REVIEW

That last spectre raises the question of whether the Court is empowered to exercise judicial review of the decisions of the Security Council, a question as to which I think it right to express my current views. The Court is not generally so empowered, and it is particularly without power to overrule or undercut decisions of the Security Council made by it in pursuance of its authority under Articles 39, 41 and 42 of the Charter to determine the existence of any threat to the peace, breach of the peace, or

Les Parties peuvent avoir également tenu compte du paragraphe 1 de l'article 79, visant toute autre exception sur laquelle une décision est demandée avant que la procédure sur le fond «se poursuive». La Cour n'a pas tenté de limiter les arguments présentés par les Parties sur des éléments qu'elle considère maintenant comme touchant au fond. Je ne pense pas que la Cour ait maintenant besoin de demander, comme elle le fait, que les Parties reviennent une nouvelle fois — pour la troisième fois, en fait — sur ces éléments pour pouvoir se prononcer en la matière et statuer sur ces exceptions. Pour se prononcer au stade actuel, la Cour n'avait besoin ni de trancher certains faits contestés ni d'examiner d'autres éléments de preuve. Une décision sur la question de savoir si les résolutions du Conseil de sécurité rendent sans objet l'invocation par la Libye de la convention de Montréal n'aurait pas entraîné une décision sur l'affaire quant au fond dans la mesure où cette dernière concerne des questions qui peuvent bien relever de la compétence de la Cour au titre de ladite convention. D'importantes questions qui peuvent se poser quant au fond n'auraient pas été en tout cas traitées, comme celle touchant à l'opportunité de traduire les suspects en justice aux Etats-Unis ou au Royaume-Uni.

La décision de la Cour à l'effet de joindre les exceptions préliminaires au fond, décision essentiellement fondée sur son interprétation littérale d'un terme de son Règlement, ne semble pas conforme aux desseins de la Cour lorsqu'elle a révisé son Règlement en 1972. Cette décision a inévitablement des résultats regrettables, dont le moindre est de demander aux Parties de faire valoir, et à la Cour d'entendre, pour la troisième fois leurs arguments sur ces exceptions ou certaines de ces exceptions. Cette décision donne de nouvelles possibilités de remettre en question l'intégrité et l'autorité du Conseil de sécurité. On pourrait l'interpréter comme un prétexte pour continuer à refuser d'exécuter des résolutions obligatoires du Conseil. On peut y voir aussi une entrave à un important aspect contemporain des efforts du Conseil pour maintenir la paix et la sécurité internationales en luttant contre le terrorisme international parrainé par des Etats. La justice à laquelle ont droit les victimes d'une atrocité épouvantable pourrait être encore retardée et déniée. La Cour peut ainsi sembler, non seulement dans cette affaire mais dans de futures affaires également, offrir aux Etats récalcitrants un moyen de tourner et de contrecarrer les décisions du Conseil de sécurité en faisant appel à elle.

#### LE CONTRÔLE JUDICIAIRE

Cette dernière analyse pose la question de savoir si la Cour a le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur les décisions du Conseil de sécurité, une question sur laquelle j'estime devoir exprimer mon avis actuel. La Cour ne possède pas un tel pouvoir de façon générale et, en particulier, elle n'est pas habilitée à infirmer les décisions prises par le Conseil de sécurité ou à en réduire la portée dans l'exercice du pouvoir qu'il tient des articles 39, 41 et 42 de la Charte de constater l'existence

act of aggression and to decide upon responsive measures to be taken to maintain or restore international peace and security.

The Court more than once has disclaimed possessing a power of judicial review. In its Advisory Opinion in the case concerning *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, the Court declared:

“In the legal systems of States, there is often some procedure for determining the validity of even a legislative or governmental act, but no analogous procedure is to be found in the structure of the United Nations. Proposals made during the drafting of the Charter to place the ultimate authority to interpret the Charter in the International Court of Justice were not accepted; the opinion which the Court is in course of rendering is an *advisory* opinion. As anticipated in 1945, therefore, each organ must, in the first place at least, determine its own jurisdiction. If the Security Council, for example, adopts a resolution purportedly for the maintenance of international peace and security and if, in accordance with a mandate or authorization in such resolution, the Secretary-General incurs financial obligations, these amounts must be presumed to constitute ‘expenses of the Organization’.” (*I.C.J. Reports 1962*, p. 168.)

In its Advisory Opinion on *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, the Court reiterated 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.” (*I.C.J. Reports 1971*, p. 45.)

It should be noted that the Court made these holdings in advisory proceedings, in which the Security Council and the General Assembly are entitled to request the Court’s opinion “on any legal question”. The authority of the Court to respond to such questions, and, in the course of so doing, to pass upon relevant resolutions of the Security Council and General Assembly, is not disputed. Nevertheless, if the Court could hold as it did in advisory proceedings, *a fortiori* in contentious proceedings the Court can hardly be entitled to invent, assert and apply powers of judicial review.

While the Court so far has not had occasion in contentious proceedings to pass upon an alleged authority to judicially review decisions of the Security Council, it may be recalled that in *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* the Court observed that:

“The Court is not asked to say that the Security Council was wrong in its decision, nor that there was anything inconsistent with law in the way in which the members of the Council employed their right to vote.

d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et de décider des mesures à prendre face à de telles situations pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

La Cour s'est plus d'une fois défendue de posséder un pouvoir de contrôle judiciaire. Dans son avis consultatif en l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies* (article 17, paragraphe 2 de la Charte), la Cour a déclaré :

« Dans les systèmes juridiques des Etats, on trouve souvent une procédure pour déterminer la validité d'un acte même législatif ou gouvernemental, mais on ne rencontre dans la structure des Nations Unies aucune procédure analogue. Certaines propositions présentées pendant la rédaction de la Charte et qui visaient à remettre à la Cour internationale de Justice l'autorité suprême d'interpréter la Charte, n'ont pas été adoptées; l'avis que la Cour s'apprête à donner ici est un avis *consultatif*. Comme il a été prévu en 1945, chaque organe doit donc, tout au moins en premier lieu, déterminer sa propre compétence. Si le Conseil de sécurité par exemple adopte une résolution visant au maintien de la paix et de la sécurité internationales et si, conformément à un mandat ou à une autorisation inscrite dans cette résolution, le Secrétaire général contracte des obligations financières, il est à présumer que les montants en question constituent des « dépenses de l'Organisation. » (C.I.J. Recueil 1962, p. 168.)

Dans son avis consultatif sur 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)*, la Cour a répété: « 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. » (C.I.J. Recueil 1971, p. 45.)

Il convient de relever que la Cour a fait ces déclarations lors de procédures consultatives, dans lesquelles le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale ont le droit de demander l'avis de la Cour « sur toute question juridique ». Le pouvoir de la Cour de répondre à de telles questions et, ce faisant, de donner un avis sur les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale n'est pas contesté. Cependant, si la Cour a pu déclarer ce qu'elle a déclaré dans des procédures consultatives, à plus forte raison ne saurait-elle guère avoir le droit d'inventer, d'affirmer et d'exercer des pouvoirs de contrôle judiciaire dans une procédure contentieuse.

Si la Cour jusqu'ici n'a pas eu l'occasion de se prononcer, lors d'une instance contentieuse, sur le pouvoir allégué d'exercer un contrôle judiciaire des décisions du Conseil de sécurité, on peut rappeler qu'en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* elle a fait observer ceci :

« Il n'est pas demandé à la Cour de dire que le Conseil de sécurité a commis une erreur, ni que la manière de voter des membres du Conseil ait été en rien contraire au droit. La Cour est priée de se

The Court is asked to pass judgment on certain legal aspects of a situation which has also been considered by the Security Council, a procedure which is entirely consonant with its position as the principal judicial organ of the United Nations." (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*), *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 436.)

The implication of this statement is that, if the Court had been asked by the Applicant to say that the Security Council had been wrong in its decision, the Court would have reached another conclusion.

The texts of the Charter of the United Nations and of the Statute of the Court furnish no shred of support for a conclusion that the Court possesses a power of judicial review in general, or a power to supervene the decisions of the Security Council in particular. On the contrary, by the absence of any such provision, and by according the Security Council "primary responsibility for the maintenance of international peace and security", the Charter and the Statute import the contrary. So extraordinary a power as that of judicial review is not ordinarily to be implied and never has been on the international plane. If the Court were to generate such a power, the Security Council would no longer be primary in its assigned responsibilities, because if the Court could overrule, negate, modify — or, as in this case, hold as proposed that decisions of the Security Council are not "opposable" to the principal object State of those decisions and to the object of its sanctions — it would be the Court and not the Council that would exercise, or purport to exercise, the dispositive and hence primary authority.

The drafters of the Charter above all resolved to accord the Security Council alone extraordinary powers. They did so in order to further realization of the first Purpose of the United Nations,

"To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace."

Article 24 thus provides:

"1. In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.

2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations . . ."

prononcer sur certains aspects juridiques d'une question qui a été aussi examinée par le Conseil, ce qui est parfaitement conforme à sa situation d'organe judiciaire principal des Nations Unies.» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 436.)

Ce que donne à entendre cette déclaration, c'est que, si le demandeur avait prié la Cour de dire que le Conseil de sécurité avait commis une erreur, la Cour aurait abouti à une conclusion différente.

Les textes de la Charte des Nations Unies et du Statut ne contiennent pas le moindre élément qui permettrait de conclure que la Cour possède un pouvoir de contrôle judiciaire de façon générale, ou un pouvoir de supplanter le Conseil de sécurité dans ses décisions en particulier. Au contraire, en l'absence de toute disposition à cet effet et compte tenu de la «responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales», qui incombe au Conseil de sécurité, la Charte et le Statut laissent entendre le contraire. Un pouvoir aussi extraordinaire que celui du contrôle judiciaire ne peut normalement être implicite et ne l'a jamais été dans l'ordre international. Si la Cour devait créer un tel pouvoir, le Conseil de sécurité n'exercerait plus la fonction principale dans les responsabilités qui lui sont confiées: en effet, si la Cour pouvait annuler, infirmer, modifier les décisions du Conseil de sécurité, ou, comme en l'espèce, juger ainsi qu'on le propose que les décisions du Conseil de sécurité ne sont pas «opposables» au principal Etat objet de telles décisions et objet de ses sanctions, ce serait la Cour et non pas le Conseil qui exercerait ou serait censé exercer l'autorité déterminante, et, partant, principale.

Les rédacteurs de la Charte ont voulu par-dessus tout attribuer au seul Conseil de sécurité des pouvoirs extraordinaires. Ils l'ont fait afin de favoriser la réalisation du premier but des Nations Unies:

«Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin: prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix.»

Ainsi l'article 24 dispose-t-il:

«1. Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom.

2. Dans l'accomplissement de ses devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies...»



Article 25 provides that: "The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter."

These provisions — the very heart of the Charter's design for the maintenance of international peace — manifest the plenitude of the powers of the Security Council, which are elaborated by the provisions of Chapters VI, VII, and VIII of the Charter. They also demonstrate that the Security Council is subject to the rule of law; it shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations and its decisions must be adopted in accordance with the Charter. At the same time, as Article 103 imports, it may lawfully decide upon measures which may in the interests of the maintenance or restoration of international peace and security derogate from the rights of a State under international law. The first Purpose of the United Nations quoted above also so indicates, for the reference to the principles of justice and international law designedly relates only to adjustment or settlement by peaceful means, and not to the taking of effective collective measures for the prevention and removal of threats to and breaches of the peace. It was deliberately so provided to ensure that the vital duty of preventing and removing threats to and breaches of the peace would not be limited by existing law. (See the Report on the Preamble, Purposes and Principles, *United Nations Conference on International Organization (UNCIO)*, Vol. 6, pp. 453-454, and the observations of Lord Halifax, p. 25.)

It does not follow from the facts that the decisions of the Security Council must be in accordance with the Charter and that the International Court of Justice is the principal judicial organ of the United Nations, that the Court is empowered to ensure that the Council's decisions do accord with the Charter. To hold that it does so follow is a monumental *non sequitur*, which overlooks the truth that, in many legal systems, national and international, the subjection of the acts of an organ to law by no means entails subjection of the legality of its actions to judicial review. In many cases, the system relies not upon judicial review but on self-censorship by the organ concerned or by its members or on review by another political organ.

Judicial review could have been provided for at San Francisco, in full or lesser measure, directly or indirectly, but both directly and indirectly it was not in any measure contemplated or enacted. Not only was the Court not authorized to be the ultimate interpreter of the Charter, as the Court acknowledged in the case concerning *Certain Expenses of the United Nations*. Proposals which in restricted measure would have accorded the Court a degree of authority, by way of advisory proceedings, to pass upon the legality of proposed resolutions of the Security Council in the sphere of peaceful settlement — what came to be Chapter VI of the Charter — were not accepted. What was never proposed, considered, or, so far as the records reveal, even imagined, was that the International Court of Justice would be entrusted with, or would develop, a power of judicial review at large, or a power to

L'article 25 dispose: «Les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la présente Charte.»

Ces dispositions — qui sont le cœur même de la conception de la Charte du maintien de la paix internationale — expriment la plénitude des pouvoirs du Conseil de sécurité, qui sont développés par les dispositions des chapitres VI, VII et VIII de la Charte. Elles démontrent aussi que le Conseil de sécurité est soumis à l'Etat de droit; il doit agir conformément aux buts et principes des Nations Unies et ses décisions doivent être adoptées d'une manière conforme à la Charte. En même temps, comme l'indique l'article 103, il peut légitimement décider des mesures, qui, dans l'intérêt du maintien ou du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, limitent la portée des droits qu'un Etat tient du droit international. Le premier but des Nations Unies cité ci-dessus donne la même indication, car la mention des principes de la justice et du droit international ne se rapporte délibérément qu'à l'ajustement ou au règlement par des moyens pacifiques et non pas à l'adoption de mesures collectives effectives en vue de prévenir ou d'écarter des menaces à la paix et des ruptures de la paix. Ces dispositions ont été adoptées délibérément pour garantir que l'obligation vitale de prévenir et d'écarter les menaces contre la paix et les ruptures de la paix ne seraient pas limitées par le droit en vigueur (voir le rapport sur le préambule, les buts et les principes, *Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. 6, p. 471-473, avec les observations de lord Halifax, p. 54).

Les décisions du Conseil de sécurité doivent être conformes à la Charte et la Cour internationale de Justice est l'organe judiciaire principal des Nations Unies, mais il ne s'ensuit pas que la Cour a le pouvoir de garantir la conformité des décisions du Conseil à la Charte. Statuer en tirant une telle conséquence est un *non sequitur* monumental, et méconnaît cette vérité: dans nombre de systèmes juridiques, dans l'ordre national et international, soumettre au droit les actes d'un organe ne signifie nullement soumettre la légalité de ses actes à un contrôle judiciaire. Dans bien des cas, le système n'a pas pour appui le contrôle judiciaire, mais soit la censure que l'organe dont il s'agit exerce sur lui-même, ou qu'exercent ses membres, soit le contrôle par un autre organe politique.

Le contrôle judiciaire aurait pu être prévu à San Francisco, totalement ou en partie, directement ou indirectement, mais il n'a été envisagé, ni adopté, d'aucune manière, directe ou indirecte. Ce n'est pas seulement que la Cour n'ait pas été habilitée à être l'interprète ultime de la Charte, comme elle l'a reconnu en l'affaire de *Certaines dépenses des Nations Unies*. Les propositions qui, dans une mesure restreinte, lui auraient accordé une certaine autorité pour statuer, par des avis consultatifs, sur la légalité de projets de résolution du Conseil de sécurité dans le domaine du règlement pacifique — ce qui est devenu le chapitre VI de la Charte — n'ont pas été acceptées. Il est une chose qui n'a jamais été proposée, examinée, ni même imaginée, pour autant que les documents le révèlent: que l'on confie à la Cour internationale de Justice, ou qu'elle développe, un pouvoir d'annuler,

supervene, modify, negate or confine the applicability of resolutions of the Security Council whether directly or in the guise of interpretation.

That this is understandable, indeed obvious, is the clearer in the light of the conjunction of political circumstances at the time that the Charter was conceived, drafted and adopted. The Charter was largely a concept and draft of the United States, and secondarily of the United Kingdom; the other most influential State concerned was the USSR. The United States was cautious about the endowments of the Court. Recalling the rejection by the Senate of the United States a decade earlier of adherence to the Statute of the Permanent Court of International Justice, the Department of State was concerned to assure that nothing in the Charter concerning the Court, and nothing in the Statute which was to be an integral part of the Charter, could prejudice the giving of advice and consent by the Senate to the ratification of the Charter. Thus the Report of the Senate Committee on Foreign Relations on the United Nations Charter of 16 July 1945 to the Senate recommending ratification of the Charter specified:

“The Charter does not permit the Security Council or the General Assembly to force states to bring cases to the Court, nor does it or the Statute permit the Court to interfere with the functions of the Security Council or the General Assembly . . . Your committee recommends that the Senate accept the International Court of Justice in the form and with the authority set forth in chapter XIV of the Charter and the annexed Statute of the Court.” (United States Senate, 79th Congress, 1st session, Executive Report No. 8, “The Charter of the United Nations”, republished in United States Senate, 83rd Congress, 2nd session, Document No. 87, “Review of the United Nations Charter; A Collection of Documents”, 1954, p. 67.)

The British Government which, together with the United States, was the principal proponent of the creation of the Permanent Court of International Justice and which had played a large and constructive part in respect of that Court, was hardly less cautious in its approach to the powers of the International Court of Justice, as is illustrated by a quotation from the proceedings of the San Francisco Conference set out below.

As for the Government of the Union of Soviet Socialist Republics — a Government which had been ideologically hostile to the Court since its creation (as a reading of the *Eastern Carelia* case so vividly illustrates) — can it be thought that Stalin, whose preoccupation in the days of San Francisco was giving the veto power the widest possible reach, could have assented to the establishment of a Court authorized to possess or develop the authority to review and vary the application of resolutions adopted by the Security Council under Chapter VII of the Charter?

At San Francisco, Belgium proposed the following amendment:

“Any State, party to a dispute brought before the Security Council, shall have the right to ask the Permanent Court of International

de modifier, de contester, ou de limiter l'applicabilité des résolutions du Conseil de sécurité, directement ou sous couvert d'interprétation.

Que ce soit intelligible et même évident, cela ressort de façon plus claire encore de l'ensemble de la situation politique à l'époque à laquelle la Charte a été conçue, rédigée et adoptée. La Charte a été en grande partie conçue et rédigée par les Etats-Unis et, de façon secondaire, par le Royaume-Uni; l'autre Etat intéressé le plus influent était l'URSS. Les Etats-Unis ont envisagé avec prudence les attributions de la Cour. Se rappelant que le Sénat des Etats-Unis avait rejeté, dix ans plus tôt, l'adhésion au Statut de la Cour permanente de Justice internationale, le département d'Etat s'est préoccupé d'éviter qu'aucun élément de la Charte relatif à la Cour et qu'aucun élément du Statut, qui devait faire partie intégrante de la Charte, ne risque de compromettre l'avis et le consentement du Sénat concernant la ratification de la Charte. Ainsi le rapport de la commission sénatoriale des relations étrangères sur la Charte des Nations Unies, adressé au Sénat le 16 juillet 1945 et qui recommandait la ratification, précisait-il:

«La Charte n'autorise pas le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale à contraindre les Etats à porter des affaires devant la Cour et ni la Charte ni le Statut ne permettent à la Cour de s'ingérer dans les fonctions du Conseil de sécurité ou de l'Assemblée générale ... Votre commission recommande que le Sénat accepte la Cour internationale de Justice sous la forme et avec les pouvoirs indiqués au chapitre XIV de la Charte et le Statut joint de la Cour.» (Sénat des Etats-Unis, 79<sup>e</sup> congrès, première session, rapport exécutif n<sup>o</sup> 8, «The Charter of the United Nations», reproduit dans *United States Senate*, 83<sup>e</sup> congrès, deuxième session, document n<sup>o</sup> 87, «Review of the United Nations Charter: A Collection of Documents», 1954, p. 67.)

Le Gouvernement britannique, qui avait été, avec les Etats-Unis, le principal promoteur de la création de la Cour permanente de Justice internationale et qui avait joué un rôle important et constructif à l'égard de cette Cour, n'était guère moins prudent dans son attitude envers les pouvoirs de la Cour internationale de Justice, comme le montre une citation des travaux de la conférence de San Francisco donnée ci-dessous.

Quant au Gouvernement de l'Union des Républiques socialistes soviétiques — un gouvernement qui avait été idéologiquement hostile à la Cour depuis sa création (comme l'indique de façon si évidente la lecture de l'affaire de la *Carélie orientale*) — comment pourrait-on croire que Staline, qui se préoccupait, à l'époque de San Francisco, de donner au pouvoir de veto la plus grande portée possible, aurait pu accepter l'instauration d'une cour habilitée à exercer ou à développer le pouvoir de contrôler et de modifier l'application des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte?

A San Francisco, la Belgique a proposé l'amendement suivant:

«Tout Etat partie à un différend dont est saisi le Conseil de sécurité est en droit de demander à la CPJI un avis consultatif sur le

Justice whether a recommendation or a decision made by the Council or proposed in it infringes on its essential rights. If the Court considers that such rights have been disregarded or are threatened, it is for the Council either to reconsider the question or to refer the dispute to the Assembly for decision." (*UNCIO*, Vol. 3, p. 336.)

The purpose of the amendment, the Belgian delegate explained, was to allow the State concerned to seek an advisory opinion from the Court if that State believed that a Security Council recommendation infringed upon its essential rights. It was not in any sense the purpose of the amendment to limit the legitimate powers of the Security Council (*ibid.*, Vol. 12, pp. 48-49).

The Belgian proposal gave rise to a mixed reaction, support from States such as Ecuador and Colombia, and opposition from Great Power Sponsors of the Conference. The delegate of the Soviet Union

"considered that the Belgian Amendment would have the effect of weakening the authority of the Council to maintain international peace and security. If it were possible for a state to appeal from the Council to the International Court of Justice . . . the Council would find itself handicapped in carrying out its functions. In such circumstances, the Council might even be placed in a position of being a defendant before the Court." (*Ibid.*, Vol. 12, p. 49.)

The delegate of the United States explained the importance of the requirement that the action of the Security Council in dealing with a dispute involving a threat to the peace be taken "in accordance with the purposes and principles of the Organization". One of the purposes is to bring about peaceful settlement of disputes "with due regard for principles of justice and international law". He did not interpret the Proposals as preventing any State from appealing to the International Court of Justice at any time on any matter which might properly go before the Court. On the whole, he did not consider the acceptance of the Belgian Amendment advisable, particularly since he believed that "the Security Council was bound to act in accordance with the principles of justice and international law" (*ibid.*). (It should be noted that this statement of 17 May 1945 antedated revision of the draft of the Charter's Purposes and Principles in June to provide that "the principles of justice and international law" relate only to the adjustment or settlement of international disputes by peaceful means and not to measures of collective security.)

The delegate of France declared that, while he viewed with great sympathy the ideas in the Belgian Amendment, he was doubtful that "it would be effective in obtaining its desired end, especially since it

point de savoir si une recommandation faite ou une décision prise par le Conseil ou qui y sont proposées portent atteinte à ses droits essentiels. Si la Cour estime que ces droits ont été méconnus ou sont menacés, il appartient au Conseil, soit de reconsidérer la question, soit de renvoyer le différend pour décision devant l'Assemblée.» (*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. 4, p. 477.)

Le but de cet amendement, a expliqué le délégué de la Belgique, était d'accorder à l'Etat intéressé la faculté de demander un avis consultatif à la Cour, s'il estimait qu'une résolution du Conseil de sécurité portait atteinte à ses droits essentiels. L'amendement n'avait en aucune façon pour but de restreindre les pouvoirs légitimes du Conseil de sécurité (*ibid.*, vol. 12, p. 53).

La proposition belge a suscité des réactions de toutes sortes, l'appui d'Etats tels que l'Equateur et la Colombie et l'opposition des grandes puissances sous les auspices desquelles se tenait la conférence. Le délégué de l'Union soviétique

«est d'avis que l'amendement belge aurait pour effet d'affaiblir le pouvoir du Conseil de maintenir la paix et la sécurité internationales. S'il était possible pour un Etat d'en appeler du Conseil à la Cour internationale de Justice ... le Conseil se trouverait handicapé dans l'exercice de ses fonctions. Dans ces conditions, le Conseil pourrait même se trouver placé dans la position d'un défendeur vis-à-vis de la Cour». (*Ibid.*, vol. 12, p. 53.)

Le délégué des Etats-Unis a expliqué l'importance de la prescription en vertu de laquelle l'action du Conseil de sécurité, en cas de différend constituant une menace pour la paix, aurait lieu «en conformité avec les buts et principes de l'Organisation». L'un des buts était d'assurer le règlement des différends par des moyens pacifiques «en tenant dûment compte des principes de la justice et du droit international». Il n'interprétait pas les propositions comme empêchant un Etat quelconque de faire appel en tout temps à la Cour internationale de Justice pour toute question qui pourrait normalement être soumise à cette dernière. Dans l'ensemble, il ne pensait pas qu'il y eût intérêt à accepter l'amendement belge, notamment parce qu'il était convaincu que «le Conseil de sécurité est tenu d'agir conformément aux principes de la justice et du droit international» (*ibid.*). (Il convient de relever que cette déclaration du 17 mai 1945 précédait la révision du projet concernant les buts et principes de la Charte, qui a été effectuée en juin pour faire en sorte que «les principes de la justice et du droit international» ne s'appliquent qu'à l'ajustement ou au règlement des différends internationaux par des moyens pacifiques et non pas aux mesures de sécurité collective.)

Le délégué de la France a déclaré que, tout en considérant avec la plus grande sympathie les idées contenues dans l'amendement belge, il ne pensait pas que cet amendement «obtiendrait le résultat désiré, tout spécia-

involved a dispersal of responsibilities in the Organization" (*UNCIO*, Vol. 12, p. 50).

The delegate of the United Kingdom stated that the adoption of the Belgian Amendment "would be prejudicial to the success of the Organization". The amendment would

"result in the decision by the Court . . . of political questions in addition to legal questions. The performance of this function by the Court . . . would seriously impair the success of its role as a judicial body. Further, the procedures proposed by the amendment would cause delay, at a time when prompt action by the Security Council was most desirable. A powerful weapon would thus be placed in the hands of a state contemplating aggression, and the Council would not be able to play the part in maintaining peace which was intended for it . . . he considered it necessary that the Council possess the trust and confidence of all states; its majority would be composed of small states, and it would be obligated to act in a manner consistent with the purposes and principles of the Organization." (*Ibid.*, p. 65.)

After a few other statements in this vein, the delegate of Belgium stated that, since it was now clearly understood that a recommendation under what was to become Chapter VI did not possess obligatory effect, he wished to withdraw his amendment (*ibid.*, p. 66).

Subsequently, the Conference rejected a proposal by Belgium to refer disagreements between organs of the United Nations on interpretation of the Charter to the Court. The pertinent report concludes:

"Under unitary forms of national government the final determination of such a question may be vested in the highest court or in some other national authority. However, the nature of the Organization and of its operation would not seem to be such as to invite the inclusion in the Charter of any provision of this nature. If two member states are at variance concerning the correct interpretation of the Charter, they are of course free to submit the dispute to the International Court of Justice as in the case of any other treaty. Similarly, it would also be open to the General Assembly or to the Security Council, in appropriate circumstances, to ask the International Court of Justice for an advisory opinion concerning the meaning of a provision of the Charter." (*Ibid.*, Vol. 13, pp. 668-669.)

It may finally be recalled that, at San Francisco, it was resolved "to leave to the Council the entire decision, and also the entire responsibility for that decision, as to what constitutes a threat to peace, a breach of the peace, or an act of aggression" (*ibid.*, Vol. 11, p. 17).

lement parce qu'il entraînerait une dispersion des responsabilités au sein de l'Organisation» (*Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, vol. 12, p. 50).

Le délégué du Royaume-Uni a déclaré que l'adoption de l'amendement belge «nuirait aux chances de succès de l'Organisation». Il résulterait de l'amendement:

«que la Cour ... aura à décider non seulement des questions juridiques, mais encore des questions politiques. Le fait que la Cour assumerait cette fonction serait extrêmement préjudiciable au succès de son rôle judiciaire. En outre, la procédure proposée par l'amendement entraînerait un retard dans les circonstances où la promptitude d'action du Conseil de sécurité est extrêmement souhaitable. On placerait ainsi une arme redoutable entre les mains d'un Etat qui méditerait un acte d'agression et le Conseil ne pourrait pas remplir, en vue du maintien de la paix, la fonction pour laquelle il est spécialement désigné ... il semble nécessaire que le Conseil ait l'entière confiance de tous les Etats; il sera en majorité composé de petits Etats et il sera tenu d'agir en conformité avec les buts et les principes de l'Organisation». (*Ibid.*, p. 68.)

Après quelques autres déclarations du même genre, le délégué de la Belgique a déclaré qu'étant donné qu'il était maintenant clairement entendu qu'une recommandation faite par le Conseil en vertu de ce qui est devenu depuis le chapitre VI n'entraînait aucun effet obligatoire, il acceptait de retirer son amendement (*ibid.*, p. 69).

Par la suite la conférence a rejeté une proposition de la Belgique de porter devant la Cour les désaccords entre les organes de l'Organisation des Nations Unies relatifs à l'interprétation de la Charte. Le rapport pertinent conclut:

«Sous un régime unitaire de gouvernement national, le soin de déterminer une telle question d'une manière définitive peut être laissé à l'instance judiciaire la plus haute ou à toute autre autorité nationale. Toutefois le caractère de l'Organisation et de son fonctionnement ne semble pas être de nature à favoriser l'incorporation dans la Charte de dispositions semblables. Si deux Etats Membres ne parviennent pas à se mettre d'accord en ce qui concerne l'interprétation exacte de la Charte, ils ont naturellement toute liberté de soumettre leurs différends à la Cour internationale de Justice, comme s'il s'agissait de tout autre traité. De même l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité auront toujours la faculté, en temps et lieu utiles, de demander à la Cour internationale de Justice un avis consultatif sur le sens d'une disposition quelconque de la Charte.» (*Ibid.*, vol. 13, p. 677-678.)

On peut enfin rappeler qu'à San Francisco il a été décidé «de laisser au Conseil l'entière appréciation de ce qui constitue une menace à la paix, une atteinte à la paix, ou un acte d'agression» (*ibid.*, vol. 11, p. 33).



The conclusions to which the *travaux préparatoires* and text of the Charter lead are that the Court was not and was not meant to be invested with a power of judicial review of the legality or effects of decisions of the Security Council. Only the Security Council can determine what is a threat to or breach of the peace or act of aggression under Article 39, and under Article 39 only it can “decide what measures shall be taken . . . to maintain or restore international peace and security”. Two States at variance in the interpretation of the Charter may submit a dispute to the Court, but that facility does not empower the Court to set aside or second-guess the determinations of the Security Council under Article 39. Contentious cases may come before the Court that call for its passing upon questions of law raised by Council decisions and for interpreting pertinent Council resolutions. But that power cannot be equated with an authority to review and confute the decisions of the Security Council.

It may of course be maintained that the Charter is a living instrument; that the present-day interpreters of the Charter are not bound by the intentions of its drafters of 50 years ago; that the Court has interpreted the powers of the United Nations constructively in other respects, and could take a constructive view of its own powers in respect of judicial review or some variation of it. The difficulty with this approach is that for the Court to engraft upon the Charter régime a power to review, and revise the reach of, resolutions of the Security Council would not be evolutionary but revolutionary. It would be not a development but a departure, and a great and grave departure. It would not be a development even arguably derived from the terms or structure of the Charter and Statute. It would not be a development arising out of customary international law, which has no principle of or provision for judicial review. It would not be a development drawn from the general principles of law. Judicial review, in varying forms, is found in a number of democratic polities, most famously that of the United States, where it was developed by the Supreme Court itself. But it is by no means a universal or even general principle of government or law. It is hardly found outside the democratic world and is not uniformly found in it. Where it exists internationally, as in the European Union, it is expressly provided for by treaty in specific terms. The United Nations is far from being a government, or an international organization comparable in its integration to the European Union, and it is not democratic.

The conclusion that the Court cannot judicially review or revise the resolutions of the Security Council is buttressed by the fact that only States may be parties in cases before the Court. The Security Council cannot be a party. For the Court to adjudge the legality of the Council's

Les conclusions auxquelles ont abouti les travaux préparatoires et le texte de la Charte sont que la Cour n'avait pas reçu, ni n'était censée recevoir, le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire de la légalité ou des effets des décisions du Conseil de sécurité. Seul le Conseil de sécurité peut déterminer ce qui constitue une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression en vertu de l'article 39 et, en vertu de l'article 39, lui seul peut «décider quelles mesures seront prises ... pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales». Deux Etats en désaccord sur l'interprétation de la Charte peuvent soumettre un différend à la Cour, mais cette possibilité ne confère pas à la Cour le pouvoir d'écarter ou réinterpréter les décisions prises par le Conseil de sécurité en vertu de l'article 39. La Cour peut être saisie d'affaires contentieuses qui l'amènent à statuer sur des questions de droit posées par des décisions du Conseil et à interpréter des résolutions pertinentes du Conseil. Cependant ce pouvoir ne peut pas être assimilé à celui de réformer et de réfuter les décisions du Conseil de sécurité.

Certes, on peut soutenir que la Charte est un instrument vivant; que ceux qui interprètent la Charte aujourd'hui ne sont pas liés par les intentions de ceux qui l'ont rédigée il y a cinquante ans; que la Cour a donné une interprétation constructive des pouvoirs de l'Organisation des Nations Unies à d'autres égards et pourrait adopter une vue constructive de ses propres pouvoirs alors qu'il s'agit du contrôle judiciaire, ou de quelque variante de celui-ci. La difficulté que suscite cette façon d'aborder le problème c'est que, en greffant sur le régime de la Charte un pouvoir de contrôler et de reviser la portée des résolutions du Conseil de sécurité, la Cour ne ferait pas acte d'évolution, mais de révolution. Ce ne serait pas une évolution, mais un changement de direction, un changement important et grave. On ne pourrait pas même soutenir que ce soit une évolution découlant des termes ou de la structure de la Charte et du Statut. Ce ne serait pas une évolution issue du droit international coutumier, qui ne comporte aucun principe ni aucune disposition prévoyant le contrôle judiciaire. Ce ne serait pas une évolution fondée sur les principes généraux de droit. On trouve le contrôle judiciaire, sous diverses formes, dans un certain nombre de systèmes de gouvernement démocratiques, plus particulièrement aux Etats-Unis, où il a été développé par la Cour suprême elle-même. Ce n'est pourtant d'aucune manière un principe universel, ni même un principe général de gouvernement ou de droit. On ne le trouve guère en dehors du monde démocratique, ni uniformément dans ce monde. Là où il existe sur le plan international, comme dans l'Union européenne, il est prévu expressément par un traité en des termes précis. Il s'en faut de beaucoup que l'Organisation des Nations Unies soit un gouvernement, ou une organisation internationale comparable, par son intégration, à l'Union européenne, et elle n'est pas démocratique.

La conclusion selon laquelle la Cour ne peut pas exercer un contrôle judiciaire des résolutions du Conseil de sécurité, ni les reviser, est étayée par le fait que seuls les Etats ont qualité pour être parties dans une affaire devant la Cour. Le Conseil de sécurité ne peut pas être partie. Si la Cour

decisions in a proceeding brought by one State against another would be for the Court to adjudicate the Council's rights without giving the Council a hearing, which would run counter to fundamental judicial principles. It would run counter as well to the jurisprudence of the Court. (Cf. *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, *I.C.J. Reports 1995*, pp. 100-105; *Monetary Gold Removed from Rome in 1943*, Judgment, *I.C.J. Reports 1954*, pp. 32-33.) Any such judgment could not bind the Council, because, by the terms of Article 59 of the Statute, the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case.

At the same time, a judgment of the Court which held resolutions of the Security Council adopted under Chapter VII of the Charter not to bind or to be "opposable" to a State, despite the terms of Article 25 of the Charter, would seriously prejudice the effectiveness of the Council's resolutions and subvert the integrity of the Charter. Such a holding would be tantamount to a judgment that the resolutions of the Security Council were *ultra vires*, at any rate in relation to that State. That could set the stage for an extraordinary confrontation between the Court and the Security Council. It could give rise to the question, is a holding by the Court that the Council has acted *ultra vires* a holding which of itself is *ultra vires*?

For some 45 years, the world rightly criticized stalemate in the Security Council. With the end of the Cold War, the Security Council has taken great strides towards performing as it was empowered to perform. That in turn has given rise to the complaint by some Members of the United Nations that they lack influence over the Council's decision-making. However understandable that complaint may be, it cannot furnish the Court with the legal authority to supervene the resolutions of the Security Council. The argument that it does is a purely political argument; the complaints that give rise to it should be addressed to and by the United Nations in its consideration of the reform of the Security Council. It is not an argument that can be heard in a court of law.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

statuait sur la légalité des décisions du Conseil dans une affaire introduite par un Etat contre un autre, elle statuerait sur les droits du Conseil sans donner au Conseil l'occasion d'être entendu, ce qui enfreindrait les principes judiciaires fondamentaux. Cela irait aussi à l'encontre de la jurisprudence de la Cour (voir *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 100-105; *Or monétaire pris à Rome en 1943*, arrêt, C.I.J. Recueil 1954, p. 32-33). Un arrêt de ce genre ne peut pas s'imposer au Conseil, car aux termes de l'article 59 du Statut la décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé.

Au demeurant, un arrêt de la Cour qui déciderait que des résolutions du Conseil de sécurité adoptées en vertu du chapitre VII de la Charte ne s'imposent pas à un Etat, ou ne lui sont pas «opposables», malgré les termes de l'article 25 de la Charte, compromettrait gravement l'effectivité des résolutions du Conseil et porterait atteinte à l'intégrité de la Charte. Statuer en ce sens reviendrait à juger que les résolutions du Conseil de sécurité constituaient un excès de pouvoir, au moins vis-à-vis de cet Etat. Cela pourrait préparer le terrain à une confrontation extraordinaire entre la Cour et le Conseil de sécurité. Cela pourrait poser la question de savoir si la Cour, en décidant que le Conseil a commis un excès de pouvoir, n'a pas elle-même statué par excès de pouvoir.

Pendant près de quarante-cinq ans, le monde a critiqué à juste titre la paralysie du Conseil de sécurité. Avec la fin de la guerre froide, le Conseil de sécurité a progressé à grands pas sur la voie qui lui permet de fonctionner comme il en a le pouvoir. De ce fait, certains Membres de l'Organisation des Nations Unies se sont plaints de manquer d'influence sur l'adoption des décisions du Conseil. Quelque compréhensible que puisse être cette plainte, elle ne saurait donner à la Cour, en droit, le pouvoir de supplanter le Conseil de sécurité dans ses résolutions. L'argument selon lequel une telle plainte produit cet effet est purement politique; les plaintes sur lesquelles se fonde cet argument devraient être adressées à l'Organisation des Nations Unies et examinées par elle avec la réforme du Conseil de sécurité. Ce n'est pas un argument susceptible d'être invoqué devant un tribunal.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.