

## DISSENTING OPINION OF JUDGE SIR ROBERT JENNINGS

I very much regret that I have to dissent from the decision of the majority of the Court in this case.

There are two main issues: the question of jurisdiction; and the question of admissibility. As I differ from the majority on both questions, I should briefly say why; dealing first with jurisdiction.

### JURISDICTION

Jurisdiction of the Court in this case will be established if, and in so far as, there is shown to be a dispute or disputes “concerning the interpretation or application of this Convention”, within the meaning of Article 14, paragraph 1, of the 1971 Montreal Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation. To find the answer to this question it is necessary to look at two things: Libya’s submissions, not only in the present phase, but also in its Application of 3 March 1992 initiating the case against the United Kingdom — this in order to find out what is said to be disputed; and secondly, the provisions of the Convention that are said to be involved in the dispute. As the relevant provisions of the Convention are referred to in the submissions we shall consider the submissions (or requests as they are described in the Application and the Memorial) in turn. There are four of them: they request the Court to adjudge and declare as follows, in (a), (b), (c) and (d) below.

#### (a) *That the Montreal Convention Is Applicable to This Dispute*

The question the Court has to decide is which, if any, items of the Libyan claims are both disputed by the United Kingdom and necessarily “concern the interpretation or application” of the Montreal Convention; and therefore generate jurisdiction under Article 14 of the Convention. The broad terms of this submission (a) merely beg the question of which particular provisions of the Convention are supposed to be involved.

The citation of the Convention as a whole also invites speculation as to whether it was ever intended to deal with acts of terrorism allegedly committed by persons actually employed by a government also allegedly involved in the commission of those acts.

## OPINION DISSIDENTE DE SIR ROBERT JENNINGS

[Traduction]

Je regrette profondément de ne pouvoir souscrire à la décision de la majorité des membres de la Cour dans la présente affaire.

Deux questions se posent en l'espèce: celle de la compétence et celle de la recevabilité. Comme je suis d'un avis différent de la majorité sur ces deux questions, je dirai brièvement pourquoi, en commençant par la question de la compétence.

### LA COMPÉTENCE

La compétence de la Cour ne peut être établie en l'espèce que si, et dans la mesure où, il est démontré qu'il existe un ou plusieurs différends «concernant l'interprétation ou l'application de la présente convention» au sens du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention de Montréal de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile. Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner deux éléments: tout d'abord, les demandes formulées par la Libye, non seulement au cours de la présente phase de la procédure mais aussi dans sa requête du 3 mars 1992 introduisant une instance contre le Royaume-Uni — et cela afin de déterminer ce qui serait contesté; et, en second lieu, les dispositions de la convention qui seraient en cause dans le litige. Comme il est fait référence aux dispositions pertinentes de la convention dans les conclusions de la Libye, nous examinerons successivement ces conclusions (ou demandes ainsi que la Libye les qualifie dans sa requête et dans son mémoire). Elles sont au nombre de quatre, la Cour ayant été priée de dire et juger ce qu'il est dit aux alinéas *a)*, *b)*, *c)* et *d)* des conclusions du mémoire de la Libye, comme suit.

#### *a) Que la convention de Montréal s'applique au présent litige*

La question que la Cour doit trancher est celle de savoir lequel des éléments des demandes libyennes serait contesté par le Royaume-Uni tout en concernant nécessairement «l'interprétation ou l'application» de la convention de Montréal, établissant ainsi la compétence de la Cour au titre de l'article 14 de la convention. La formulation large de cette conclusion *a)* élude tout simplement la question de savoir quelles dispositions particulières de la convention sont censées être en cause.

La citation du texte intégral de la convention amène également à se demander si les auteurs de cet instrument ont jamais entendu viser les actes de terrorisme qui auraient été commis par des personnes au service d'un gouvernement qui aurait été impliqué lui aussi dans la perpétration de ces actes.

It is noteworthy that this submission (*a*) did not appear at all in the Libyan Application which initiated the case. It raises a question, now that the Court has found that it has some jurisdiction, how far Libya might further seek to change the content and nature of its case in pursuance of its reservation of "the right to supplement and amend these submissions as appropriate in the course of further proceedings".

*(b) That Libya Has Fully Complied with All of Its Obligations under the Montreal Convention and Is Justified in Exercising the Criminal Jurisdiction Provided for by That Convention*

There is here no dispute under the Convention because the United Kingdom has not sought to dispute that Libya has complied with all its obligations under the Convention. There was nothing contrary to the Convention in the United Kingdom's requesting the extradition of the two suspects. Nor is there any dispute that, under the terms of the Montreal Convention, Libya is justified in exercising its own criminal jurisdiction provided for by that Convention. The United Kingdom contention in this case is that Libya is not now justified in exercising that jurisdiction in so far as to do so would be contrary to decisions of the Security Council made under Chapter VII of the Charter; that is not a matter arising under the provisions of the Convention but one concerning the interpretation or application of the United Nations Charter; and to pretend that it is one that comes within Article 14, paragraph 1, of the Convention is not free from absurdity.

*(c) That the United Kingdom Has Breached, and Is Continuing to Breach, Its Legal Obligations to Libya under Articles 5 (2), 5 (3), 7, 8 (2), 8 (3) and 11 of the Montreal Convention*

It is necessary to consider each of these provisions of the Convention in turn to see whether there is a dispute which comes within the scope of Article 14 of the Convention.

*Article 5 (2)*

This is the Article which requires a party to "take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction" over offences against the Convention, in lieu of extradition, where the offender is "present in its territory".

This creates a legal obligation upon Libya, as on all parties to the Convention, which obligation, according to Libya, it has indeed carried out. It is difficult to understand how it can be said that the United Kingdom is in breach, and seemingly continuous breach, of that obligation upon

Il convient de noter que cette conclusion *a*) ne figure pas du tout dans la requête introductive d'instance de la Libye. On peut ainsi se demander, maintenant que la Cour a dit qu'elle était dans une certaine mesure compétente, jusqu'à quel point la Libye peut encore essayer de modifier le contenu et la nature de ses demandes en vertu du droit qu'elle s'est réservé «de compléter et modifier s'il y a lieu les présentes conclusions en cours de procédure».

b) *Que la Libye a pleinement satisfait à toutes ses obligations au regard de la convention de Montréal et est fondée à exercer la compétence pénale prévue par cette convention*

Il n'existe à cet égard aucun différend au titre de la convention puisque le Royaume-Uni n'a pas cherché à contester que la Libye a pleinement satisfait à toutes ses obligations au regard de la convention. Aucune disposition de la convention ne s'oppose, en effet, à la demande d'extradition des deux suspects formulée par le Royaume-Uni. Il n'a pas été contesté non plus que, conformément aux termes de la convention de Montréal, la Libye soit fondée à exercer sa propre compétence pénale prévue par cette convention. Le Royaume-Uni a fait cependant valoir en l'espèce que la Libye n'est pas maintenant fondée à exercer cette compétence dans la mesure où cela va à l'encontre des décisions prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte; c'est là une question qui ne se pose pas au titre des dispositions de la convention mais qui concerne l'interprétation ou l'application de la Charte des Nations Unies; prétendre que cette question relèverait du paragraphe 1 de l'article 14 est quelque peu absurde.

c) *Que le Royaume-Uni a violé, et continue de violer, ses obligations juridiques envers la Libye stipulées à l'article 5, paragraphes 2 et 3, à l'article 7, à l'article 8, paragraphes 2 et 3, et à l'article 11 de la convention de Montréal*

Il y a lieu d'examiner successivement chacune de ces dispositions de la convention pour déterminer s'il existe à leur égard un différend qui relèverait de l'article 14 de la convention.

#### *Paragraphe 2 de l'article 5*

Aux termes de cet article, tout Etat partie à la convention prend «les mesures nécessaires pour établir sa compétence» au sujet des infractions prévues dans la convention, s'il n'extrade pas l'auteur présumé qui «se trouve sur son territoire».

Cette disposition crée une obligation juridique pour la Libye, comme pour toute les parties à la convention, obligation dont la Libye prétend s'être effectivement acquittée. Il est difficile de comprendre comment on peut soutenir que le Royaume-Uni a violé, et continuerait apparemment

Libya; much less to understand where the supposed dispute might be. Article 5, paragraph 2, is concerned with legislation and other measures which Libya, as a party to the Convention, is obligated to implement. It claims to have done so, and this has not been denied by the United Kingdom.

*Article 5 (3)*

“This Convention does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.”

Again, there is simply no scintilla of a dispute here between the Parties about the interpretation or application of the Convention. In fact this provision is entirely plain and there is nothing much to dispute about it.

*Article 7*

This 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 in 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.”

Again, it is difficult to understand in what way the United Kingdom can be said to be in breach of this Article of the Convention.

The United Kingdom's request for extradition is not in breach of the Convention for extradition but is in accord with an alternative procedure actually contemplated by Article 7 itself. Even if the insistence on extradition rather than domestic prosecution be a breach of the Convention, then the complaint should be addressed to the Security Council and not to selected members of the Security Council. In any event it is difficult to see in what way Libya is actually prevented from prosecuting the two suspects and in fact according to its own pleading it is already in the process of doing precisely that — a process which has been curiously prolonged.

Article 7 of the Convention obliges Libya, as the place where the alleged offenders are to be found, *either* to extradite *or*, if it does not extradite, then itself to ensure that it prosecutes the offenders. The latter option is qualified by the Security Council resolutions, which by their terms remove the alternative option of domestic prosecution (surely a reasonable step where the charge is that the State party to the Convention is itself allegedly implicated in the offence). Libya disputes the effect of the Security Council resolutions; but this is not a dispute with the United Kingdom about the Convention but a dispute with the Security Council about its resolutions. It is not a dispute that can be reasonably

de violer, cette obligation qui incombe à la Libye; et il est encore plus difficile de comprendre ce qui serait en cause dans ce prétendu différend. Le paragraphe 2 de l'article 5 vise la législation et autres mesures que la Libye, en tant qu'Etat partie à la convention, est tenue d'appliquer. Elle prétend l'avoir fait, ce que n'a pas contesté le Royaume-Uni.

### *Paragraphe 3 de l'article 5*

«La présente convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales.»

Il n'y a pas, là non plus l'ombre d'un différend entre les Parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la convention. Cette disposition est très claire et ne prête guère à controverse.

### *Article 7*

Selon cet article:

«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.»

Il est aussi difficile de comprendre sur la base de quoi on peut prétendre que le Royaume-Uni a violé cet article de la convention.

La demande d'extradition du Royaume-Uni n'est pas contraire à la convention puisque l'extradition constitue l'autre procédure possible envisagée par l'article 7 lui-même. Même si le fait d'insister sur l'extradition plutôt que sur l'exercice de l'action pénale sur le plan interne était contraire à la convention, une plainte à cet égard devrait être alors adressée au Conseil de sécurité et non à certains membres de cet organe. Quoiqu'il en soit, il est difficile de comprendre pourquoi la Libye serait en fait empêchée de poursuivre les deux suspects, alors qu'à ses dires elle serait précisément en train de le faire — avec un retard très curieux.

Conformément à l'article 7 de la convention, la Libye, sur le territoire de laquelle se trouvent les auteurs présumés de l'infraction, est tenue *soit* de les extradier *soit*, si elle ne les extrade pas, de veiller elle-même à engager des poursuites contre eux. Cette dernière possibilité a été écartée par le Conseil de sécurité dans ses résolutions, dont les termes excluent l'option de l'exercice de l'action pénale sur le plan interne (mesure certainement raisonnable puisque l'Etat partie à la convention est accusé d'être lui-même impliqué dans l'infraction). La Libye conteste les effets des résolutions du Conseil de sécurité; il ne s'agit cependant pas dans ce cas d'un différend avec le Royaume-Uni au sujet de la convention mais d'un

categorized as one coming within the intended ambit of Article 14, paragraph 1. For it is in no way a dispute that can be settled by reference to Article 7 or to any other part of the Convention. The real dispute is one about the meaning and applicability of the Charter of the United Nations, about Articles 25 and 103 in particular and about the meaning and application of Security Council resolutions 731 (1992), 748 (1992) and 883 (1993). The attempt to tack this “dispute” on to Article 14, paragraph 1, of the Convention, via Article 7, is an artifice that really ought not to beguile this Court. And in so far as it is now being entertained by the Court one must have in mind the multitudinous possibilities it opens up of using the normal and common jurisdiction clauses of bilateral treaties to frustrate and delay the peacekeeping measures of the Security Council.

Moreover, although there does seem to be some dispute between Libya and the United Kingdom about the meaning and interpretation of the Security Council resolutions, and if indeed according to Libya’s own interpretation those resolutions do not at all require the surrender of the suspects, then the alternative option provided by Article 7, of a way in which Libya can perform her Convention obligations, actually remains intact.

It will be convenient at this point to mention the device with which the Court’s Judgment endeavours to neutralize the effect of the Security Council resolutions made under its powers conferred by Chapter VII of the Charter. It is true that “the Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993) were in fact adopted after the filing of the Application on 3 March 1992”; and that, “In accordance with its established jurisprudence, if the Court had jurisdiction on that date, it continues to do so” (Judgment, para. 38). But this fact is irrelevant. The Court’s proposition assumes that there was, at the date of the Application, jurisdiction over a dispute covered by Article 14, paragraph 1, of the Convention; a dispute the effect of which the resolutions seek to change. This is not so. The point is not that the Security Council resolutions sought to take away an already established jurisdiction of the Court; the point is that there never was in any real sense any dispute between the Parties about the Montreal Convention. It is true that the legal status and meaning of all these Security Council resolutions have been vigorously questioned by Libya under cover of the present proceedings; but this is not a dispute under Article 14, paragraph 1, of the Convention.

#### *Article 8 (2) and (3)*

In its Application Libya cited Article 8, paragraph 2, which provides:

différend avec le Conseil de sécurité au sujet de ses résolutions. Ce n'est pas un différend que l'on puisse raisonnablement considérer comme relevant du champ d'application que l'on a voulu donner à l'origine au paragraphe 1 de l'article 14. Ce n'est pas, en effet, un différend qui peut être réglé au regard de l'article 7 ni d'aucune autre disposition de la convention. Le différend véritable concerne la signification et l'applicabilité de la Charte des Nations Unies, pour ce qui est notamment de ses articles 25 et 103, ainsi que la signification et l'application des résolutions 731 (1992), 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité. Vouloir rattacher ce «différend» au paragraphe 1 de l'article 14 de la convention, par le biais de l'article 7, n'est qu'un artifice qui ne devrait pas tromper la Cour. Dans la mesure, cependant, où la Cour semble maintenant accepter cet argument, il convient de ne pas perdre de vue les possibilités multiples qu'il ouvre de recourir à des clauses de compétence ordinaires et courantes des traités bilatéraux pour contrecarrer et retarder les mesures de maintien de la paix du Conseil de sécurité.

Il semble cependant exister certaines divergences de vues entre la Libye et le Royaume-Uni sur la signification et l'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité; mais si, comme la Libye elle-même les interprète, ces résolutions n'exigent pas toutes la remise des suspects, la seconde option prévue à l'article 7 qui permettrait à la Libye de s'acquitter de ses obligations conventionnelles demeure entière.

Il convient de noter à ce stade la manière dont la Cour a, dans son arrêt, tenté de neutraliser les effets des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par le chapitre VII de la Charte. Il est vrai que «les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) du Conseil de sécurité ont ... été adoptées après le dépôt de la requête, le 3 mars 1992», et que, «conformément à une jurisprudence constante, si la Cour était compétente à cette date, elle l'est demeurée» (arrêt, par. 38). Mais ce fait n'est pas pertinent. La Cour suppose qu'elle avait, à la date de la requête, compétence pour connaître d'un différend relevant du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention, un différend dont les résolutions considérées auraient tenté de modifier les effets. Or, tel n'est pas le cas. Il ne s'agit pas de savoir si, par ses résolutions, le Conseil de sécurité aurait essayé de soustraire à la Cour une affaire sur laquelle elle avait déjà établi sa compétence, mais de constater qu'il n'y a vraiment jamais eu aucun différend entre les Parties au sujet de la convention de Montréal. Il est vrai que la Libye a vigoureusement remis en question, sous le couvert de la présente procédure, la valeur et la signification juridiques de toutes ces résolutions du Conseil de sécurité; mais il n'existe aucun différend au titre du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention.

#### *Paragraphe 2 et 3 de l'article 8*

Dans sa requête, la Libye se réfère au paragraphe 2 de l'article 8, qui dispose:



“If a Contracting State which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another Contracting State with which it has no extradition treaty, it may at its option consider this Convention as the legal basis for extradition in respect of the offences. Extradition shall be subject to the other conditions provided by the law of the requested State.”

In its Memorial submissions, however, Libya cited only paragraph 3 of Article 8 which provision imposes an obligation upon States:

“[States] which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State”.

Again, one is simply at a loss to know in what way the United Kingdom is supposed to be in continuous breach with respect to either of these provisions, much less how it can be said that there is a dispute about its interpretation or application between the United Kingdom and Libya.

#### *Article 11*

This is the Article creating a treaty obligation to:

“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.”

Libya alleges that the United Kingdom had not done as much as it was obliged to do in attempting to provide the assistance provided for under this Article. There is in any event no dispute here about the interpretation of the Convention; there *is* a question whether it applies, given the changed situation brought about by the Security Council resolutions. But that again is a question, or even dispute, that cannot be resolved by reference to the provisions of the Convention, about which there is no real dispute. It is a dispute about the effect of the resolutions and that dispute is not one that can be said to be one contemplated by Article 14 of the Convention.

In any case it will be noted that the “affording” (not a strong word at all) of information is, by the very terms of this Article, qualified, in this case, by the relevant Scottish law. Secondly, the United Kingdom surely has provided enough information to form a viable basis for a Libyan prosecution of the suspects, if that is how Libya wishes to proceed. Indeed one might reasonably have supposed that enough information and material has been provided to this Court. Thus, it is somewhat fanciful even to argue that there could be a dispute between the United Kingdom and Libya about the application of Article 11 of the Conven-

«Si un Etat contractant qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre Etat contractant avec lequel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la latitude de considérer la présente convention comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne les infractions. L'extradition est subordonnée aux autres conditions prévues par le droit de l'Etat requis.»

Cependant, dans les conclusions de son mémoire, la Libye se réfère seulement au paragraphe 3 de l'article 8, qui impose l'obligation suivante aux Etats contractants :

«les Etats contractants qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent les infractions comme cas d'extradition entre eux dans les conditions prévues par le droit de l'Etat requis.»

On ne saurait, là aussi, comprendre comment on peut prétendre que le Royaume-Uni continuerait de violer l'une ou l'autre de ces dispositions, et encore moins comment on peut soutenir qu'il y aurait là un différend entre le Royaume-Uni et la Libye sur leur interprétation ou application.

### Article 11

Cet article impose aux Etats contractants l'obligation de s'accorder

«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.»

La Libye prétend que le Royaume-Uni n'a pas fait tout ce qu'il était tenu de faire en matière d'entraide judiciaire conformément à cet article. Il n'y a pas en tout cas de différend sur l'interprétation de la convention ; *se pose* certes la question de savoir si cet instrument est applicable, étant donné la situation nouvelle découlant des résolutions du Conseil de sécurité. Mais là aussi il s'agit d'une question, ou même d'un différend, qui ne saurait être réglé sur la base des dispositions de la convention, sur lesquelles il n'y a pas de véritable différend. Il s'agit d'un différend sur les effets des résolutions, et un tel différend ne saurait être considéré comme relevant de l'article 14 de la convention.

Quoi qu'il en soit, il y a lieu de noter que l'obligation de «s'accorder» (terme qui n'est pas très fort) une entraide en fournissant des informations est restreinte en l'espèce, conformément aux termes mêmes de cet article, par le droit pertinent écossais. En outre, le Royaume-Uni a certainement fourni assez d'informations sur lesquelles la Libye peut valablement s'appuyer pour engager des poursuites contre les suspects si telle est la manière dont elle entend procéder. On peut raisonnablement supposer qu'assez d'informations et d'éléments ont été fournis à la Cour. Il est donc quelque peu fantaisiste de prétendre qu'il pourrait y avoir un dif-

tion. Moreover, Libya has argued (see paragraph 26 of this Judgment) that “Libya has exercised its jurisdiction over the two alleged offenders on the basis of its Penal Code, and the Respondent should not interfere with the exercise of that jurisdiction”. But this is manifestly incompatible with Libya’s submission under Article 11 of the Convention, and Libya cannot have it both ways. So, quite apart from the question whether there is an Article 14 dispute, it is very doubtful whether there is here any dispute at all.

*(d) That the United Kingdom 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*

It is interesting to note how this submission, as it is in the Memorial version, has been radically amended since its first appearance in the Application (then submission *(c)*, conveniently reproduced in the Order of the Court of 14 April 1992, *I.C.J. Reports 1992*, p. 7). Originally it asked the Court to adjudge and declare that the United Kingdom was

“under a legal obligation immediately to cease and desist from such breaches and from the use of any and all force or threats against Libya, including the threat of force against Libya, and from all violations of the sovereignty, territorial integrity, and the political independence of Libya”.

In the latest version of this submission, the “immediately” has disappeared. No doubt it was thought inappropriate after rather more than five years of undisturbed peace with the United Kingdom. There might again also be thought to be a question how far a State may, by simply reserving “the right to supplement and amend” its submissions, change at its convenience and expediency as the case proceeds the basis of the case made in its original Application; at least without seeking the leave of the Court.

No doubt the most carefully considered and devised change is the introduction of the idea of “Libya’s right not to have the Convention [i.e. the Montreal Convention] set aside by means”, etc. This idea is no doubt intended to suggest that setting aside the Convention brings the dispute under the rubric of “the application” of the Convention as that phrase is used in Article 14, paragraph 1, the jurisdiction article, of the Convention.

It might suggest this but in my view in no wise establishes it. The only

férend entre le Royaume-Uni et la Libye sur l'application de l'article 11 de la convention. En outre, la Libye a soutenu (voir paragraphe 26 du présent arrêt), qu'elle «a exercé sa compétence à l'égard des deux auteurs présumés de l'infraction en vertu de son code pénal et le défendeur ne devrait pas entraver l'exercice de cette compétence». Cela est cependant manifestement incompatible avec la conclusion présentée par la Libye au titre de l'article 11 de la convention, et la Libye ne saurait avoir raison sur ces deux points à la fois. Bien loin de la question de savoir s'il existe un différend au titre de l'article 14, il est très douteux qu'il existe un quelconque différend.

*d) Que le Royaume-Uni 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*

Il est intéressant de noter comment la Libye a, pour arriver au texte de cette conclusion, tel qu'il figure dans son mémoire, modifié la conclusion correspondante contenue dans sa requête (en tant que conclusion *c*), telle que reproduite dans l'ordonnance de la Cour du 14 avril 1992, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 7). Initialement, la Libye avait prié la Cour de dire et juger que le Royaume-Uni

«est juridiquement tenu de mettre fin et de renoncer immédiatement à ces violations et à toute forme de recours à la force ou à la menace contre la Libye, y compris la menace de recourir à la force contre la Libye, ainsi qu'à toute violation de la souveraineté, de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique de la Libye».

Dans la dernière version de cette conclusion, le mot «immédiatement» a disparu. On a jugé sans doute qu'il était impropre après plus de cinq ans de paix continue avec le Royaume-Uni. On peut ici aussi se poser la question de savoir jusqu'à quel point un Etat, en se réservant tout simplement «le droit de compléter et modifier» ses conclusions, peut modifier à son gré, au fur et à mesure de la procédure, la base même de son argumentation formulée dans sa requête initiale, sans solliciter au moins l'agrément de la Cour.

Le changement le plus mûrement réfléchi a été cependant sans aucun doute l'introduction du concept concernant le «droit de la Libye à ce que cette convention [à savoir la convention de Montréal] ne soit pas écartée par des moyens...» Cette idée vise manifestement à indiquer que le fait d'écartier la convention ferait relever le différend de la rubrique «application» de la convention, selon l'énoncé du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention qui fonde la compétence.

Cet ajout peut suggérer cela sans pourtant l'établir, selon moi. La mise

“setting aside” of some parts of the Convention régime, if it can be said to occur at all, is in consequence of the Security Council resolutions. So any dispute over the “setting aside” is between Libya and the Security Council, and not with the United Kingdom. This dispute could not conceivably be said to come within Article 14, paragraph 1, of the Convention.

For all the above reasons the Court, in my view, does not have jurisdiction over this dispute. But before leaving the matter of jurisdiction there is a further comment I wish to make. That is that I find some aspects of the Applicant’s argument about jurisdiction to be somewhat specious. In particular, the arguments deployed in the attempt to bring this essentially Security Council matter somehow, indeed anyhow, within the scope of Article 14, paragraph 1, of the Convention are factitious. The arguments are clever and even ingenious, and have been brilliantly successful in producing a five-year and more delay which was no doubt their primary purpose. But the whole endeavour constitutes a highly artificial device. It is fashioned to attract the legal cast of mind; though I believe most intelligent lay persons would give it very short shrift. It is indeed ironic that the jurisdictional clause of a Convention whose whole purpose is to control international terrorism over aircraft, should be thus employed, it seems successfully, to afford protection to persons alleged to have been involved in such terrorism who are nationals and officials of a State also alleged itself to have been thus involved. It seems extraordinary to interpret the Convention in such a way that a State, itself alleged to have been involved in the terrorist act, should have the sole right to try its own intelligence agents alleged to have carried out the crime. This is not only to nullify in this case the very purpose of the Convention, but also to fly in the face of common sense. I can only regret exceedingly that this Court has succumbed to the temptations so skilfully laid in its path.

#### THE QUESTION OF ADMISSIBILITY

If the Court had taken what I regard to be both the correct view and the wiser view, on the question of jurisdiction, there would have been no need in its Judgment to enter upon the rather less firm ground of admissibility. But in view of the Court’s stance it is necessary to say something about this question.

Before entering upon the main substance of the admissibility argument, I wish first to look at the narrower, technical but at first sight puzzling Article 79, paragraph 7, of the Court’s Rules, which, in a subsection headed “Preliminary Objections”, provides:

“7. After hearing the parties, the Court shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall either uphold the objec-

à l'«écart» de certaines parties du régime seulement de la convention, si tant est qu'il y en ait eu une, résulte des résolutions du Conseil de sécurité. Tout différend sur la question de savoir si la convention a été ou non «écartée» opposerait ainsi la Libye au Conseil de sécurité et non pas au Royaume-Uni, et ce différend ne saurait être considéré comme relevant du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention.

Pour toutes les raisons susmentionnées, la Cour n'a pas, selon moi, compétence pour connaître du présent différend. Mais avant d'achever mon analyse de la question de compétence, je souhaiterais formuler un dernier commentaire. J'estime en effet quelque peu spécieux les arguments que formule le demandeur pour essayer de faire relever, d'une manière ou d'une autre, ou plutôt n'importe comment, cette question concernant essentiellement le Conseil de sécurité du champ d'application du paragraphe 1 de l'article 14 de la convention. Ces arguments, intelligents et même ingénieux, ont brillamment réussi à provoquer un retard de plus de cinq ans, ce qui était sans doute le but principalement recherché. Toute cette tentative est cependant extrêmement artificielle. Elle a été conçue de manière à séduire les tenants de l'esprit juridique, mais je suis convaincu que parmi les non-initiés les plus intelligents ne s'y arrêteraient pas longtemps. Il est certes paradoxal que la clause juridictionnelle d'une convention ayant essentiellement pour objet de lutter contre les actes de terrorisme international dirigés contre l'aviation civile soit ainsi utilisée avec succès pour protéger des individus accusés d'avoir perpétré de tels actes de terrorisme et qui sont en même temps des nationaux et des agents d'un Etat qui aurait participé lui-même à ces actes. Il semble extraordinaire d'interpréter la convention de manière à ce qu'un Etat, qui aurait participé lui-même à un acte terroriste, ait lui seul le droit de poursuivre ses propres agents de renseignement qui auraient commis l'acte criminel. Cela ne va pas seulement directement à l'encontre de l'objet de la convention, mais constitue aussi un défi au bon sens. Je ne peux que regretter profondément que la Cour se soit laissé abuser par les séduisants arguments qui lui ont été présentés.

#### LA QUESTION DE LA RECEVABILITÉ

Si la Cour avait adopté, s'agissant de la question de la compétence, la position que j'estime être à la fois la plus justifiée et la plus sage, elle n'aurait pas dû entrer dans son arrêt sur le terrain plutôt moins solide de la recevabilité. Mais la position qu'elle a adoptée m'oblige à aborder cette question.

Avant de passer aux aspects principaux de la thèse de la recevabilité, je voudrais d'abord examiner le paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour, disposition de portée étroite, technique, mais au premier abord source de perplexité, qui, dans une sous-section intitulée «Exceptions préliminaires», prévoit ce qui suit :

«7. La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette

tion, reject it, or declare that the objection does not possess, in the circumstances of the case, an exclusively preliminary character. If the Court rejects the objection or declares that it does not possess an exclusively preliminary character, it shall fix time-limits for the further proceedings.”

The puzzling aspect of this is the phrase “exclusively preliminary character”. It is well known that this phrase was a reaction to what happened in the 1966 *South West Africa* cases (*I.C.J. Reports 1966*, p. 6), and in the *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited* case (*I.C.J. Reports 1970*, p. 3). But trying to provide against bad cases makes bad law. And, unfortunately, it is not easy to find *any* preliminary objection that can be said to be, in absolute terms, of an exclusively preliminary character. Even the question of jurisdiction, ordinarily regarded as being unquestionably preliminary, does, probably as often as not, require some excursion into the merits; as indeed did that question in the present case.

The questions of admissibility, lack of object and the like in the present case have, certainly in the arguments of both Parties, provoked very considerable excursions into the merits of the case. The question, therefore, arises whether that preliminary objection can be dealt with very simply by deciding that it is not “exclusively” of a preliminary character; though it is interesting that Libya was far from being content to rely on this possibility.

It is reasonable, therefore, to ask what is the *rationale* for taking certain pleas as preliminary matters. After all, all courts do it as a matter of course. The reason for doing so is surely that there are certain defences which, if they be accepted, result in the dismissal of the whole case there and then; so there is then no need to “fix time-limits for the further proceedings”. Common sense demands, therefore, that such questions are examined first as “preliminary objections”.

But what about the word “exclusively” — a strong word — in Article 79, paragraph 7, of the Court’s Rules? Fortunately, the term is not there used without qualification. It is qualified by the phrase, “does not possess, *in the circumstances of the case*, an exclusively preliminary character” (emphasis added). It seems reasonable, therefore, to interpret “exclusively preliminary character” as referring to the quality of those pleas in a given case which, if accepted, signal the end of the case, and thus actually excluding the possibility of a merits stage.

This way of viewing the matter would appear to have been tacitly assumed by both Parties in the case; for those very considerable excursions

exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclusivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure.»

Ce sont les mots «caractère exclusivement préliminaire» qui laissent perplexes dans cette disposition. Chacun sait qu'ils ont été ajoutés en réaction à ce qui s'était passé dans les affaires du *Sud-Ouest africain* de 1966 (C.I.J. Recueil 1966, p. 6) et dans celle de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (C.I.J. Recueil 1970, p. 3). Mais vouloir se prémunir contre une jurisprudence fâcheuse engendre de mauvaises règles de droit. Et, malheureusement, il n'est pas aisé de trouver une exception préliminaire dont on peut absolument dire qu'elle a un caractère exclusivement préliminaire. Même la question de la compétence, habituellement considérée comme revêtant indubitablement un caractère préliminaire exige, probablement le plus souvent, de s'aventurer dans une certaine mesure sur le terrain du fond, comme cela a d'ailleurs été le cas en l'espèce.

Les questions de recevabilité, d'absence d'objet et autres questions analogues dans la présente affaire ont amené les deux Parties — cela a certainement été le cas dans leur argumentation — à entrer très largement sur le terrain du fond de l'affaire. On doit donc se demander s'il est possible de donner une réponse très simple à l'exception préliminaire en décidant qu'elle ne revêt pas un caractère «exclusivement» préliminaire, encore qu'il soit intéressant de relever que la Libye était loin de se contenter d'invoquer cette possibilité.

Aussi est-il raisonnable de s'interroger sur les raisons qui incitent à considérer certaines exceptions comme préliminaires. Après tout, toutes les juridictions le font automatiquement. La raison doit certainement tenir au fait que certains moyens de défense aboutissent, s'ils sont retenus, au classement immédiat de toute l'affaire si bien qu'il n'est pas alors nécessaire de «fixe[r] les délais pour la suite de la procédure». Le bon sens exige donc qu'on examine d'abord ces questions à titre d'«exceptions préliminaires».

Mais qu'en est-il de l'utilisation de l'adverbe «exclusivement» — mot fort — au paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement de la Cour? Le terme heureusement n'y est pas utilisé de façon inconditionnelle. Sa portée est limitée par le membre de phrase «n'a pas *dans les circonstances de l'espèce* un caractère exclusivement préliminaire» (les italiques sont de moi). Il semble dès lors raisonnable d'interpréter les mots «caractère exclusivement préliminaire» comme qualifiant la qualité de ces moyens de défense invoqués dans une affaire donnée qui, s'ils sont retenus, marquent la fin de l'affaire et écartent ainsi effectivement la possibilité d'un examen au fond.

Il semblerait que les deux Parties aient accepté tacitement cette façon de voir en l'espèce, car ces très larges incursions sur le terrain du fond lors



sions into the merits during the oral proceedings both indicate that this inadmissibility plea is not exclusively preliminary in character in any literal or absolute sense, but, nevertheless, a finding that the case is not admissible would have been the end of the matter.

It is thus necessary, at the outset of this admissibility question, to examine the meaning of “exclusively preliminary character” because though it is clearly tempting just to dispose of the admissibility argument by deciding that the inadmissibility objection is not an “exclusively” preliminary matter, this would be to incur the risk of this riposte being usable against almost any party in any case wishing to enter a preliminary objection to the exercise of jurisdiction.

It could no doubt be argued, on the other hand, that, if a plea be so intimately connected with the merits as the present Appellant evidently appeared to assume, there could be something to be said for examining the admissibility plea along with a full merits argument. But where the preliminary objection has already been entertained and heard, that argument is self-defeating. I am for these reasons unable to go along with the Court in using the drafting of Article 79, paragraph 7, of the Rules, to dispose of these preliminary objections, whether to jurisdiction or admissibility, on this highly legalistic and juridically doubtful ground.

\* \*

We may now turn to what the Court decides on the substance of the admissibility plea.

The Court rightly says that the principal argument of the United Kingdom is that:

“the issue or issues in dispute between it [Libya] and the United Kingdom are now regulated by decisions of the Security Council, taken under Chapter VII of the Charter of the United Nations, which are binding on both Parties and that (if there is any conflict between what the resolutions require and rights or obligations alleged to arise under the Montreal Convention) the resolutions have overriding effect in accordance with Article 103 of the Charter” (see paragraph 41 of the Judgment).

The Court deals with this objection — apart, that is, from the Article 79 of the Rules point mentioned above — by an argument based upon the Court’s decision in *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility* (I.C.J. Reports 1988, p. 95, para. 66), that “The critical date for determining the admissibility of an application is the date on which it is filed.” And it is of course true that the Security Council resolutions 748 (1992) and 883 (1993), made under Chapter VII, were made after the date of the Libyan Application in this case. This situation the Court regards as definitive and on that basis rejects the United Kingdom’s pleading in this regard.

de la procédure orale indiquent que ce moyen d'irrecevabilité ne revêt pas un caractère exclusivement préliminaire que ce soit dans un sens littéral ou absolu, mais il aurait été mis fin à l'instance si la Cour avait conclu à l'irrecevabilité.

Il faut donc, en abordant la question de recevabilité, examiner le sens des mots «caractère exclusivement préliminaire», car s'il est manifestement tentant d'écarter l'argument relatif à la recevabilité en décidant que l'exception d'irrecevabilité ne revêt pas un caractère «exclusivement» préliminaire, cette solution nous fait courir le risque de voir cette réponse utilisée contre à peu près n'importe quelle partie à une affaire qui désire soulever une exception préliminaire d'incompétence.

On pourrait certes faire valoir en revanche que, si un moyen est si intimement lié au fond comme le demandeur en l'espèce semble manifestement le penser, il conviendrait peut-être alors d'examiner le moyen relatif à la recevabilité à l'occasion du débat exhaustif sur le fond. Mais lorsque la Cour a accepté de statuer sur l'exception préliminaire et l'a examinée, cet argument va à l'encontre du but recherché. Je ne peux donc pour ces motifs suivre la Cour et invoquer le texte du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement pour écarter ces exceptions préliminaires, que ce soit à la compétence ou à la recevabilité, en me fondant sur ce motif très légaliste et juridiquement douteux.

\* \*

Nous pouvons passer maintenant à l'examen de la décision de la Cour sur le fond même du moyen relatif à la recevabilité.

C'est à juste titre que la Cour dit que le principal argument présenté par le Royaume-Uni est le suivant :

«la ou les questions en litige entre elle-même [la Libye] et le Royaume-Uni [sont] maintenant réglée[s] par les décisions que le Conseil de sécurité a prises en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et qui lient les deux parties, et ... les résolutions adoptées priment, conformément à l'article 103 de la Charte, en cas de conflit entre ce qu'elles exigent et les droits ou obligations qui découleraient de la convention de Montréal» (voir paragraphe 41 de l'arrêt).

Pour répondre à cette exception, la Cour, en plus d'invoquer l'article 79 du Règlement ainsi qu'il est dit ci-dessus, tire argument de la décision qu'elle a rendue dans l'affaire relative aux *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité (C.I.J. Recueil 1988, p. 95, par. 66), où il est dit que «[l]a date critique à retenir pour déterminer la recevabilité d'une requête est celle de son dépôt». Et il est évidemment exact que les résolutions 748 (1992) et 883 (1993) prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII l'ont été après la date d'introduction de la requête libyenne en l'espèce. La Cour juge cette situation définitive et rejette sur ce fondement le moyen invoqué par le Royaume-Uni à cet égard.

It is important, however, to note that the words cited by the Court from the *Armed Actions* case, are qualified by the remainder of the paragraph which is as follows:

“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.” (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1988*, p. 95, para. 66.)

It appears from the Judgment in the present case that the Court regards the critical-date-of-the-application rule as applicable to controlling admissibility cases in general; and indeed only just manages to avoid a circular argument defining the very plea of inadmissibility in terms of this critical date rule; so that the way to avoid getting enmeshed with this rule is apparently to enter a plea which cannot be regarded as, or at any rate is not called, one of “admissibility”.

But there is a serious argument of substance which, in the opinion of the writer, the decision of the Court applying that rule to the United Kingdom inadmissibility objection has to encounter. One is bound to ask oneself whether the Court has fully appreciated and weighed the gravity of a decision to subject to the application-critical-date rule, an inadmissibility plea based squarely upon a decision of the Security Council under Chapter VII, and involving the peace-keeping operations of the Security Council. One must always have in mind other possible future cases. The practical effect of this decision is to establish an available procedure for delaying or frustrating decisions of the Security Council made in its peace-keeping capacity, is indeed to bring about a grave modification of the juridical and political scheme of the United Nations Charter, which the Court itself, as the Organization’s principal judicial organ, is there, one might have supposed, to declare, explain and protect.

There is, however, another part of the Judgment over the non-admissibility defence to be considered; and that is the treatment of what is in effect the United Kingdom’s fall-back position, that the case has, in consequence of the Security Council resolutions, become “without object”, or “no case”, or “moot”; these being different ways of expressing this particular objection. This, according to the Court, is no longer an “admissibility” matter and so not subject to the rule of the time-of-application critical date; though whether it could be equally expressed in the reverse,

Il est toutefois important de relever que la portée du passage cité par la Cour dans l'affaire relative à des *Actions armées* est limitée par la suite du paragraphe où il est dit ce qui suit :

«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.» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 95, par. 66.)

Il ressort de l'arrêt en l'espèce que la Cour considère la règle de la date critique du dépôt de la requête comme généralement déterminante en matière de recevabilité. Elle ne réussit d'ailleurs qu'à éviter de justesse un raisonnement circulaire en définissant l'exception même d'irrecevabilité en fonction de cette règle de la date critique. De sorte qu'il semble que la façon d'éviter de se prendre au piège de cette règle est de soulever un moyen qui ne saurait être considéré comme touchant à la «recevabilité» ou qui n'est en tout cas pas ainsi qualifié.

Mais la décision de la Cour d'appliquer cette règle à l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Royaume-Uni vient se heurter selon moi à un solide argument de fond. Force est de se demander si la Cour a pleinement considéré et pesé la gravité d'une décision de soumettre à la règle de la date critique du dépôt de la demande une exception d'irrecevabilité spécifiquement fondée sur une décision prise par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII et portant sur les opérations de maintien de la paix qu'il entreprend. Il faut toujours avoir à l'esprit d'autres affaires qui pourraient être introduites à l'avenir. La décision de la Cour a pour effet pratique d'offrir un moyen de retarder ou de contrecarrer les décisions prises par le Conseil de sécurité en sa qualité d'organe chargé du maintien de la paix, voire d'entraîner une modification majeure du mécanisme juridique et politique de la Charte des Nations Unies que la Cour elle-même, en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation est chargée — on aurait pu le supposer — d'énoncer, d'expliquer et de protéger.

Il faut toutefois aussi se pencher sur une autre partie de l'arrêt concernant l'exception d'irrecevabilité: c'est la suite qui a été effectivement réservée à la position de repli du Royaume-Uni, à savoir que les résolutions du Conseil de sécurité «ont privé» l'affaire «d'objet», l'ont rendue «sans objet», ou qu'«il n'y a pas d'affaire» du fait de ces résolutions, expressions utilisées pour qualifier cette exception particulière. Pour la Cour, il ne s'agit plus là d'une question de «recevabilité» et la règle de la date critique du dépôt de la requête ne s'applique donc pas, quoique le

that it is not an admissibility question *because* it is not controlled by that critical date is far from clarified by the reasoning of the Judgment.

The Court, however, reaches the same conclusion as before, by now applying another equally artificial and legalistic consideration: the strict, literal or absolute interpretation of Article 79, paragraph 7, of the Rules of Court. This has already been looked at above. Nevertheless it must be added that the conclusion of the Court on this matter also, which is really, and in its substance, just another way of putting the inadmissibility argument, is open to the same grave objections as those expressed above in regard to the Court's decision under the admissibility heading. It seems unfortunate to say the least, that a preliminary objection involving the viability of the peace-keeping provisions of the Charter of the United Nations should be dealt with on the basis of a legalistic argument grounded not in the Charter of the United Nations but in an interpretation of a somewhat controversial word — "exclusively" — in Article 79 of the Court's Rules.

\* \*

This case has also raised a question of basic principle of great importance which has been referred to in argument but which the present Judgment studiously avoids: the relationship between the respective competences of the Security Council and of the International Court of Justice as the "principal judicial organ of the United Nations". The Court in its Judgment has no doubt relegated this to the merits stage. It seems right, however, in this opinion to state one's present views on the question which in fact underlies every stage of this case; including the interim measures stage in 1992.

In every system of government there are political organs which make decisions on the basis of what may broadly be called political reasons; and there are courts and other judicial tribunals which make decisions on the basis of the interpretation and application of rules of law. Both kinds of decision are necessary in any civilized society governed by the rule of law. Neither kind of decision can be said to be *per se* superior to the other kind; they should rather be complementary.

But the different kinds of organs, political and judicial, may find themselves called upon to deal with the same matter, or different aspects of the same matter. How is the relationship between the two different organs and their respective decisions to be ordered? In a society governed by the rule of law this relationship is to be resolved according to the relevant

raisonnement suivi dans l'arrêt est loin d'apporter une réponse claire à la question de savoir si la règle peut tout aussi bien être inversée: il ne s'agit pas d'une question de recevabilité *parce qu'*elle n'est pas assujettie à cette date critique.

La Cour aboutit toutefois à la même conclusion qu'auparavant en appliquant maintenant une autre considération toute aussi artificielle et légaliste: l'interprétation stricte, littérale ou absolue du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement, que nous venons d'examiner. Il convient toutefois d'ajouter que la conclusion de la Cour sur ce point, qui n'est réellement et fondamentalement qu'une autre façon de présenter la thèse de l'irrecevabilité, peut donner lieu aux mêmes objections graves que celles qui ont été formulées plus haut à l'encontre de la décision de la Cour relative à la recevabilité. Il semble pour le moins regrettable de statuer sur une exception préliminaire mettant en cause la viabilité des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives aux opérations de maintien de la paix sur la base d'un argument légaliste reposant non pas sur la Charte des Nations Unies mais sur l'interprétation d'un adjectif prêtant quelque peu à controverse — «exclusivement» — à l'article 79 du Règlement de la Cour.

\* \*

La présente affaire soulève aussi la question d'un principe fondamental extrêmement important qui a été mentionné dans les argumentations des Parties, mais que le présent arrêt s'ingénie à éviter: le rapport entre les compétences respectives du Conseil de sécurité et de la Cour internationale de Justice en tant qu'«organe judiciaire principal des Nations Unies». Il ne fait aucun doute dans l'arrêt de la Cour que celle-ci a reporté l'examen de cette question au stade du fond. Il semble toutefois indiqué d'exposer dans la présente opinion mon propre point de vue sur cette question qui sert de toile de fond dans chaque phase de la présente affaire, y compris celle de la demande en indication de mesures conservatoires en 1992.

Dans tout système de gouvernement, il y a des organes politiques qui prennent des décisions sur le fondement de ce que l'on peut qualifier de façon large de raisons politiques et il y a des tribunaux et d'autres organes judiciaires qui prennent des décisions sur le fondement de l'interprétation et de l'application de règles de droit. Ces deux types de décisions sont nécessaires dans toute société civilisée régie par le principe de la primauté du droit. On ne saurait affirmer que l'un de ces genres de décisions est en lui-même supérieur à l'autre; ils devraient plutôt être complémentaires.

Or il peut arriver que ces différents types d'organes, politiques et judiciaires, soient appelés à traiter du même sujet ou de différents aspects du même sujet. Comment doit s'ordonner la relation entre les deux organes différents et entre leurs décisions respectives? Dans une société où règne l'Etat de droit, ce sont les principes et règles applicables du droit consti-

principles and rules of constitutional and administrative law. It is precisely the lot of a court of justice to apply those principles and rules; as indeed has happened in this case. So, the task of the Court in this case, as I see the matter, is simply to apply international law.

The first principle of the applicable law is this: that all discretionary powers of lawful decision-making are necessarily derived from the law, and are therefore governed and qualified by the law. This must be so if only because the sole authority of such decisions flows itself from the law. It is not logically possible to claim to represent the power and authority of the law and, at the same time, claim to be above the law.

That this is true of the United Nations Security Council is clear from the terms of Article 24, paragraph 2, of the Charter:

“2. In discharging these duties the Security Council shall act in accordance with the Purposes and Principles of the United Nations. The specific powers granted to the Security Council for the discharge of these duties are laid down in Chapters VI, VII, VIII, and XII.”

I therefore wholly agree with the Libyan argument that the Security Council decisions and actions should in no wise be regarded as enjoying some sort of “immunity” from the jurisdiction of the principal judicial organ of the United Nations; though I ought perhaps to add that the United Kingdom argument made no such claim.

In this kind of situation it seems to me that the Court is, according to the Charter, to act always as the “principal judicial organ of the United Nations”. In short, the Court must administer and apply the law. This entails taking account of the applicable United Nations law; and that includes taking fully into account Articles 24, 25, 28, 39, 48 and 103 of the United Nations Charter. This must involve declaring, interpreting, applying and protecting the law of the United Nations as laid down in no uncertain terms by the Charter.

When, therefore, as in the present case, the Security Council, exercising the discretionary competence given to it by Article 39 of the Charter, has decided that there exists a “threat to the peace”, it is not for the principal judicial organ of the United Nations to question that decision, much less to substitute a decision of its own, but to state the plain meaning and intention of Article 39, and to *protect* the Security Council’s exercise of that body’s power and duty conferred upon it by the law; and to protect the exercise of the discretion of the Security Council to “decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decisions”.

tutionnel et administratif qui régissent cette relation. C'est précisément la mission d'une cour de justice d'appliquer ces principes et règles et c'est ce qui s'est d'ailleurs produit dans la présente affaire. Aussi la tâche de la Cour en l'espèce est-elle selon moi d'appliquer simplement le droit international.

Le premier principe du droit applicable est celui-ci : tous les pouvoirs discrétionnaires exercés à l'occasion d'un mécanisme légitime de prise de décisions procèdent nécessairement du droit et sont donc régis et restreints par celui-ci. Il doit en être ainsi ne fût-ce que parce que c'est de lui que ces décisions tirent leur seule autorité. On ne saurait logiquement prétendre représenter le pouvoir et l'autorité du droit et prétendre simultanément être au-dessus de celui-ci.

Qu'il en soit ainsi du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies ressort clairement des termes du paragraphe 2 de l'article 24 de la Charte :

«2. Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis au chapitres VI, VII, VIII et XII.»

J'approuve dès lors entièrement la thèse de la Libye selon laquelle les décisions et les mesures prises par le Conseil de sécurité ne sauraient nullement être considérées comme bénéficiant d'une sorte d'«immunité» les mettant à l'abri de la juridiction de l'organe judiciaire principal des Nations Unies, quoique je devrais peut-être ajouter que le Royaume-Uni n'a jamais avancé un tel argument.

Dans ce genre de situation, il me semble que la Cour est tenue, conformément à la Charte, de toujours agir en qualité d'«organe judiciaire principal des Nations Unies». En bref, la Cour doit mettre en œuvre et appliquer le droit. Ce qui entraîne l'obligation de tenir compte du droit applicable des Nations Unies et notamment de tenir pleinement compte des articles 24, 25, 28, 39, 48 et 103 de la Charte des Nations Unies. Et donc de déclarer, d'interpréter, d'appliquer et de protéger le droit des Nations Unies tel qu'il est énoncé en des termes dépourvus d'ambiguïté dans la Charte.

Aussi, donc, lorsque le Conseil de sécurité, exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 39 de la Charte, constate l'existence, comme dans la présente affaire, d'une «menace contre la paix», il n'appartient pas à l'organe judiciaire principal des Nations Unies de contester cette décision et encore moins de substituer sa propre décision à celle du Conseil, mais d'indiquer le sens et l'intention manifestes de l'article 39 et de *protéger* l'exercice que fait le Conseil de sécurité de ce pouvoir et de cette obligation que le droit lui reconnaît et de protéger l'exercice du pouvoir discrétionnaire de celui-ci de «décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions».



Furthermore, when the Security Council moved into its powers under Chapter VII of the Charter, it “decided certain issues pertaining to the Lockerbie disaster with binding force” (*Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 14 April 1992, I.C.J. Reports 1992*, p. 26, separate opinion of Judge Lachs). There can be no doubt about that, for Article 25 of the Charter so provides. Moreover this competence is reasonable and necessary for the body that has been given “primary responsibility for the maintenance of international peace and security” (Art. 24); and this precisely “to ensure prompt and effective action by the United Nations”.

There has been some talk amongst the commentators of the possibilities of some kind of power of “judicial review” by the International Court of Justice; though it should be borne in mind that the Court itself denied the possession of such powers in the *Namibia* case (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971*, p. 45, para. 89). Undoubtedly there are many difficult and as yet unresolved juridical questions that are bound to arise when organs such as this Court and other organs of the United Nations find themselves called upon to perform what have usefully been called “parallel functions” (see Judge Skubiszewski’s illuminating article on “The International Court of Justice and the Security Council”, in *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1996, p. 606).

That there is no power of judicial review of Security Council decisions under Chapter VII of the Charter is not merely because of the dictum of the Court in the *Namibia* case. The position is established by the provisions of the Charter itself. Moreover it is evident from the records of San Francisco that a power of judicial review was proposed and rejected by the drafting conference. The Court is not a revising body, it may not substitute its own discretion for that of the Security Council; nor would it in my view be a suitable body for doing that; nor is the forensic adversarial system suited to the making of political decisions.

The legal position is therefore to my mind very clear. The function of the principal judicial organ of the United Nations is to apply the law laid down in the Charter of the United Nations. The Security Council is given primary responsibility for the maintenance of the peace; its decisions under Chapter VII are binding decisions, and all Members of the United Nations have agreed to carry them out; and Article 103 provides that obligations under the Charter shall prevail in the event of a “conflict” between those obligations.

En outre, lorsqu'il a décidé d'exercer les pouvoirs qu'il tient du chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité «a adopté au sujet de certaines questions liées à la catastrophe de Lockerbie des décisions ayant force obligatoire» (*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 26, opinion individuelle de M. Lachs*). Cela est indubitable car c'est ce que prévoit l'article 25 de la Charte. De plus il s'agit là d'une compétence raisonnable et nécessaire exercée par un organe auquel a été conféré «la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales» (art. 24), et ce précisément «[a]fin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation».

Les commentateurs ont parfois envisagé la possibilité de l'exercice d'une sorte de pouvoir de «contrôle judiciaire» par la Cour internationale de Justice bien qu'il y ait lieu de rappeler que la Cour elle-même a nié posséder une tel pouvoir dans l'affaire de la Namibie (*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 45, par. 89*). Il va de soi que se posent forcément de nombreuses questions difficiles qui n'ont pas encore trouvé de solution juridique lorsque des organes tels que la Cour et d'autres organes des Nations Unies se trouvent appelés à exercer ce qu'on a qualifié à bon escient de «fonctions parallèles» (voir l'article riche d'enseignements de M. Skubiszewski intitulé «The International Court of Justice and the Security Council», dans *Fifty Years of the International Court of Justice*, 1996, à la page 606).

L'absence d'un pouvoir de contrôle judiciaire sur les décisions prises par le Conseil de sécurité en application du chapitre VII de la Charte ne découle pas simplement de ce passage tiré de l'arrêt de la Cour dans l'affaire de la Namibie. Ce sont les dispositions de la Charte elle-même qui prévoient qu'il en est ainsi. De plus il ressort à l'évidence des actes de la conférence de San Francisco qu'il avait été proposé d'instaurer un pouvoir de contrôle judiciaire mais que cette proposition avait été rejetée par la conférence de rédaction. La Cour n'est pas un organe de revision, elle ne peut substituer son propre pouvoir d'appréciation à celui du Conseil de sécurité. Elle ne serait pas non plus à mon avis l'organe approprié pour agir ainsi et le système judiciaire contradictoire ne convient pas non plus à la prise de décisions politiques.

Aussi la situation juridique est-elle très claire pour moi. La fonction de l'organe judiciaire principal des Nations Unies est d'appliquer le droit énoncé dans la Charte des Nations Unies. La responsabilité principale du maintien de la paix est conférée au Conseil de sécurité dont les décisions prises en vertu du chapitre VII sont des décisions obligatoires que tous les Membres des Nations Unies sont convenus d'appliquer et l'article 103 prévoit que les obligations en vertu de la Charte prévaudront en cas de «conflit» entre ces obligations.

The law of the Charter is the law which the Court should, above all, respect and apply in this case. The Court should not allow itself to be persuaded otherwise by skilled and worldly-wise advocacy, which seems to have been remarkably successful in persuading the Court to forget the cardinal fact that this is a case where the applicant Government is alleged to be implicated in the terrorist act, and that this is a situation with which the Montreal Convention does not even purport to deal.

\* \*

But a problem remains. Very many of these matters which arise in relation to the question of admissibility are also highly relevant to the merits. In fact, as already mentioned above, most if not all of them will certainly appear again at some length in the arguments at the merits stage. Accordingly, quite apart from the difficulties arising from the infelicities of the drafting of Article 79, paragraph 7, of the Rules, is there not something to be said for leaving all these matters raised under admissibility to be dealt with at the merits stage; as the majority of the Court has indeed decided?

In my opinion it would have been right for the Court to have disposed of all these questions at this preliminary stage. The first reason is that, as has been pointed out above, the relevant law to be applied is beyond doubt; and the truth is that the Court has now already heard all these questions argued by the applicant Government at considerable length in 1992 as well as in the two weeks of hearings in the present phase. The main reason, however, which I consider of great theoretical and practical importance, I can best express by quoting from the separate opinion of Judge Lachs in the Court's Order of 14 April 1992 (see *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom), Provisional Measures, I.C.J. Reports 1992*, p. 26). There, speaking of the "issues of concurrent jurisdiction as between the Court and a fellow main organ of the United Nations", he continued:

"In fact the Court is the guardian of legality for the international community as a whole, both within and without the United Nations. One may therefore legitimately suppose that the intention of the founders was not to encourage a blinkered parallelism of functions but a fruitful interaction."

There might be thought to be room for the view that the permitting by the Court of what promises to be six or seven years of litigation, in three separate phases, over the legal effect of resolutions of the Security

Le droit de la Charte est le droit que la Cour devrait avant tout respecter et appliquer en l'espèce. La Cour ne devrait pas se laisser convaincre d'adopter une autre solution par une argumentation habile et subtile qui semble avoir remarquablement réussi à la persuader d'oublier le fait cardinal qu'il s'agit d'une affaire où le gouvernement demandeur serait impliqué dans l'acte terroriste incriminé et qu'il s'agit d'une situation que la convention de Montréal ne vise même pas à traiter.

\* \*

Mais un problème subsiste. Bon nombre de ces questions qui se posent au regard de la recevabilité présentent aussi un grand intérêt pour le fond. De fait, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, la plupart de ces questions sinon toutes seront certainement assez longuement traitées dans les argumentations qui seront développées lors de la phase du fond. Aussi — abstraction faite des difficultés découlant des maladroites de rédaction du paragraphe 7 de l'article 79 du Règlement — n'y aurait-il pas eu lieu de dire un mot sur le report à la phase du fond de l'examen de toutes ces questions soulevées relativement à la recevabilité, ce que d'ailleurs a décidé la majorité de la Cour?

La Cour aurait dû, selon moi, statuer sur toutes ces questions à ce stade préliminaire de la procédure. En premier lieu, parce que, comme il a été mentionné plus haut, le droit applicable est incontestable et il est vrai aussi que la Cour a déjà examiné toutes ces questions sur lesquelles le gouvernement demandeur s'est très longuement étendu en 1992 ainsi qu'au cours des deux semaines d'audience lors de la phase actuelle. Mais la raison principale, qui revêt pour moi une grande importance théorique et pratique, est celle que je ne saurais mieux exprimer qu'en citant l'opinion individuelle de M. Lachs jointe à l'ordonnance de la Cour du 14 avril 1992 (voir *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1992*, p. 26). Traitant des «problèmes de compétence concurrente entre la Cour et un autre des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies», il a poursuivi en ces termes:

«En fait, la Cour est la gardienne de la légalité pour la communauté internationale dans son ensemble, tant à l'intérieur qu'en dehors du cadre de l'Organisation des Nations Unies. L'on peut donc légitimement supposer que l'intention des fondateurs n'était pas d'encourager ces organes à exercer leur fonction parallèlement comme avec des œillères, mais plutôt d'avoir entre eux une interaction fructueuse.»

Le fait que la Cour ait laissé se poursuivre une procédure qui risque de durer six à sept ans, en trois phases distinctes, portant sur l'effet juridique des résolutions prises par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII

Council made under Chapter VII of the Charter, is something short of a "fruitful interaction".

Moreover, one must also think of the effect of this decision on other possible cases. There are other multilateral conventions besides Montreal, which might lend themselves to hobbling litigation about United Nations action to maintain or restore the peace. Nor indeed need the risk be confined to multilateral conventions. One thinks of the dangers to United Nations sanctions measures from the possible use of treaties of Friendship and Commerce and their jurisdiction clauses, once the meaning and effect of Article 103 of the Charter is called in question. The decision of the Court in the present case, provides a *vade mecum* and precedent for those who might wish to delay United Nations action by a miasma of legalistic activity. There are other conventions, besides the Montreal Convention, that might lend themselves in other and future circumstances, to similar legalistic, and politically profitable employment to frustrate the Security Council in the performance of its Charter functions; and it should be remembered that the Security Council may, in certain circumstances, have to act very quickly. This possibility was of course foreseen by the drafters of the Charter when they drafted Article 103 with these possibilities in mind.

For all these reasons, I am of the view that the Court, given that it has been persuaded that it has jurisdiction, ought certainly to have found this claim inadmissible. I regret exceedingly a decision which, seen in a general perspective and quite apart from the particular circumstances of the present case, seems to me to be an unwise one for the Court to have made.

(Signed) R. Y. JENNINGS.

---

de la Charte, pourrait donner à penser qu'on est loin d'une «interaction fructueuse».

De surcroît, il faut également penser à l'effet de cette décision sur d'autres affaires éventuelles. Il existe d'autres conventions multilatérales, outre celle de Montréal, qui pourraient donner matière à un litige embarrassant concernant des mesures prises par les Nations Unies pour maintenir ou rétablir la paix. Ce risque n'est d'ailleurs pas limité tant s'en faut aux conventions de sanction de l'Organisation des Nations Unies le recours éventuel aux traités d'amitié et de commerce et à leurs clauses juridictionnelles une fois que le sens et l'effet de l'article 103 de la Charte sont mis en cause. La décision de la Cour en l'espèce constitue un *vade mecum* et un précédent pour tous ceux qui pourraient souhaiter retarder l'action de l'Organisation des Nations Unies par un foisonnement de manœuvres légalistes. Il y a d'autres conventions, outre celle de Montréal, qui pourraient se prêter dans d'autres circonstances et à l'avenir à un usage pareillement légaliste et politiquement avantageux pour tenir le Conseil de sécurité en échec dans l'exercice des fonctions que lui confie la Charte et il convient de se rappeler que le Conseil de sécurité peut être tenu d'agir très rapidement dans certaines circonstances. Cette éventualité a évidemment été prévue par les rédacteurs de la Charte lorsqu'ils ont élaboré l'article 103 en ayant à l'esprit ces éventualités.

Pour toutes ces raisons, j'estime que la Cour, étant donné qu'elle a été convaincue de sa compétence, aurait certainement dû conclure à l'irrecevabilité de la demande. Je regrette infiniment une décision qui, replacée dans un cadre général faisant abstraction des circonstances particulières de l'espèce, me semble être une décision peu judicieuse de la part de la Cour.

(Signé) R. Y. JENNINGS.