

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

The Court's Order is based solely on Security Council resolution 748 (1992). That also is the ground of my concurrence with it. But for that resolution, I should have thought that Libya had presented an arguable case for an indication of interim measures. The resolution now makes it unnecessary to explore the legal elements of Libya's request for such measures. In view of the turn of events occasioned by the resolution, I propose, however, to say something on (i) the legal basis of the Court's Order; (ii) the feasibility of an impartial trial in the event of the two accused being surrendered to the Respondent; and (iii) certain implications of the Court's Order.

(i) THE LEGAL BASIS OF THE COURT'S ORDER

Whatever might have been the previous position, resolution 748 (1992) of the Security Council leaves the Court with no conclusion other than that to which it has come. This is the result not of imposition of superior authority — there is none — but of the fact that, in finding the applicable law, the Court must take account of the resolution in so far as it affects the enforceability of the rights for the protection of which Libya is seeking interim measures. The validity of the resolution, though contested by Libya, has, at this stage, to be presumed (see the general principle in *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 22, para. 20). Article 25 of the Charter of the United Nations obliges Libya to comply with the decision set out in the resolution (*ibid.*, pp. 52-53). By virtue of Article 103 of the Charter, that obligation prevails over any conflicting treaty obligation which Libya may have (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *I.C.J. Reports 1984*, p. 440, para. 107). Treaty obligations can be overridden by a decision of the Security Council imposing sanctions (Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 1989, p. 113, para. 228, and Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, Vol. 2, p. 431). Hence, assuming that Libya has the rights which it claims, *prima facie* they could not be enforced during the life of the resolution.

Several cases demonstrate, in one way or another, that the Court is not precluded from acting by the mere circumstance that the matter in contest

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDEEN

[Traduction]

L'ordonnance de la Cour se fonde uniquement sur la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité. Tel est aussi le motif de mon accord avec elle. Sans cette résolution, j'aurais estimé que la Libye avait plaidé une cause défendable en faveur de l'indication de mesures conservatoires. La résolution dispense maintenant d'approfondir les éléments juridiques de la demande présentée par la Libye à cet effet. Toutefois, compte tenu du tour donné aux événements par la résolution, je voudrais dire quelque chose sur: i) le fondement juridique de l'ordonnance de la Cour; ii) la possibilité d'un procès impartial si les deux accusés sont livrés au défendeur; et iii) certaines implications de l'ordonnance de la Cour.

i) LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ORDONNANCE DE LA COUR

Quelle qu'ait pu être la situation antérieure, la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité ne laisse à la Cour aucune autre conclusion possible que celle à laquelle elle a abouti. Cela ne résulte pas d'une autorité supérieure qui s'impose — il n'y en a pas — mais du fait qu'en déterminant le droit applicable la Cour doit tenir compte de la résolution dans la mesure où celle-ci affecte la faculté de faire respecter les droits dont la Libye a voulu obtenir la protection en demandant des mesures conservatoires. La validité de la résolution, bien que contestée par la Libye, doit être présumée à ce stade (voir le principe général dans *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971*, p. 22, par. 20). L'article 25 de la Charte des Nations Unies oblige la Libye à se conformer à la décision énoncée dans la résolution (*ibid.*, p. 52-53). En vertu de l'article 103 de la Charte, cette obligation prévaut sur toute obligation conventionnelle en conflit dont la Libye pourrait être tenue (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1984*, p. 440, par. 107). Les obligations issues de traités peuvent être supplantées par une décision du Conseil de sécurité qui impose des sanctions (Paul Reuter, *Introduction to the Law of Treaties*, 1989, p. 113, par. 228, et sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 1986, vol. 2, p. 431). Par conséquent, à supposer que la Libye ait les droits qu'elle invoque, ces droits ne peuvent, à première vue, pas recevoir exécution tant que la résolution reste en vigueur.

Plusieurs décisions démontrent, d'une manière ou d'une autre, que le simple fait que la question litigieuse soit aussi examinée par un autre

is also under consideration by another organ of the United Nations (see, *inter alia*, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, *I.C.J. Reports 1980*, p. 22, para. 40; and *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Provisional Measures*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 185-186, and, same case, *Jurisdiction and Admissibility*, *I.C.J. Reports 1984*, pp. 433-436). In this case, it happens that the decision which the Court is asked to give is one which would directly conflict with a decision of the Security Council. That is not an aspect which can be overlooked. Yet, it is not the juridical ground of today's Order. This results not from any collision between the competence of the Security Council and that of the Court, but from a collision between the obligations of Libya under the decision of the Security Council and any obligations which it may have under the Montreal Convention. The Charter says that the former prevail.

I have considered the question whether interim measures may be indicated to the extent that the Respondent has allegedly been threatening the Applicant with force, this not being authorized by resolution 748 (1992). It appears to me, however, that whatever was the previous position, the inference to be judicially drawn from the facts as they now stand is that the Respondent, having promoted and supported the resolution, is prepared to follow the course indicated in the resolution and accordingly not to resort to force unless authorized by the Security Council. So on this point the resolution of the Security Council stands in the way, both on the law and on the facts.

(ii) THE FEASIBILITY OF AN IMPARTIAL TRIAL IN THE EVENT OF THE TWO ACCUSED BEING SURRENDERED TO THE RESPONDENT

The United States demand for the surrender of the two accused Libyan nationals is based largely on the view that an impartial trial could not be had in Libya. However, the material before the Court raises an issue as to possible prejudgment of the case by the United States. The United States demand that Libya "must . . . pay appropriate compensation . . . promptly and in full" presupposes a determination by the United States that the accused are guilty, since the responsibility of the Libyan State is premised on the guilt of the accused. My reasoning is set out in a separate opinion appended by me to the Order made today by the Court in the companion case brought by Libya against the United Kingdom.

(iii) IMPLICATIONS OF THE COURT'S ORDER

Inability under domestic law to act being no defence to non-compliance with an international obligation, in order to make such compliance in a

organe de l'Organisation des Nations Unies n'empêche pas la Cour d'agir (voir, entre autres, *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, C.I.J. Recueil 1980, p. 22, par. 40; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1984, p. 185-186, et, même affaire, *compétence et recevabilité*, C.I.J. Recueil 1984, p. 433-436). En l'espèce, il se trouve que la décision qu'il est demandé à la Cour de prononcer entrerait directement en conflit avec une décision du Conseil de sécurité. Cet aspect de l'affaire ne peut être méconnu. Il ne constitue pourtant pas le motif juridique de l'ordonnance de ce jour. Celle-ci ne résulte d'aucun conflit entre la compétence du Conseil de sécurité et celle de la Cour, mais d'un conflit entre les obligations qu'impose à la Libye la décision du Conseil de sécurité et toutes obligations dont elle pourrait être tenue en vertu de la convention de Montréal. La Charte dit que les premières doivent prévaloir.

J'ai envisagé la question de savoir si des mesures conservatoires auraient pu être indiquées dans la mesure où il était allégué que le défendeur avait menacé le demandeur d'employer la force, ce que n'autorise pas la résolution 748 (1992). Toutefois, me semble-t-il, quelle qu'ait été la situation antérieure, la conclusion que le juge doit tirer de la façon dont les choses se présentent maintenant est que le défendeur, qui a pris l'initiative de la résolution et l'a appuyée, est prêt à suivre la ligne de conduite tracée par elle et donc à ne pas recourir à la force sans y être autorisé par le Conseil de sécurité. La résolution du Conseil de sécurité constitue donc un obstacle sur ce point, tant en droit qu'en fait.

ii) LA POSSIBILITÉ D'UN PROCÈS IMPARTIAL SI LES DEUX ACCUSÉS SONT LIVRÉS AU DÉFENDEUR

La réclamation des Etats-Unis tendant à obtenir que les deux Libyens accusés leur soient livrés part en grande partie du principe qu'un procès impartial ne serait pas possible en Libye. Cependant, le dossier soumis à la Cour amène à se demander si les Etats-Unis n'ont pas préjugé l'affaire. Leur demande tendant à ce que la Libye verse « des indemnités appropriées ... promptement et sans aucune réserve » présume que les Etats-Unis ont établi que les accusés sont coupables, car la responsabilité de l'Etat libyen dépend de la culpabilité des accusés. Mon raisonnement est exposé dans une opinion individuelle que je joins à l'ordonnance rendue aujourd'hui par la Cour en l'instance parallèle introduite par la Libye contre le Royaume-Uni.

iii) LES IMPLICATIONS DE L'ORDONNANCE DE LA COUR

Puisque l'impossibilité d'agir, en droit interne, ne peut pas constituer un moyen de défense pour l'inexécution d'une obligation interna-

case of this kind a State may well find that, if it is not to breach its internal legal order, it may have not only to legislate in the ordinary way, but to undertake some appropriate measure of constitutional amendment, and to do so speedily. In this case, Libya has expressed doubts whether the stated objective of securing an impartial trial will be achieved if (having taken whatever steps are necessary) it complies with the resolution of the Security Council.

The question now raised by Libya's challenge to the validity of resolution 748 (1992) is whether a decision of the Security Council may override the legal rights of States, and, if so, whether there are any limitations on the power of the Council to characterize a situation as one justifying the making of a decision entailing such consequences. Are there any limits to the Council's powers of appreciation? In the equilibrium of forces underpinning the structure of the United Nations within the evolving international order, is there any conceivable point beyond which a legal issue may properly arise as to the competence of the Security Council to produce such overriding results? If there are any limits, what are those limits and what body, if other than the Security Council, is competent to say what those limits are?

If the answers to these delicate and complex questions are all in the negative, the position is potentially curious. It would not, on that account, be necessarily unsustainable in law; and how far the Court can enter the field is another matter. The issues are however important, even though they cannot be examined now.

(Signed) Mohamed SHAHABUDEEN.

tionale, il se peut qu'un Etat, s'il veut s'exécuter dans une affaire de ce genre, constate qu'afin de ne pas enfreindre son ordre juridique interne il doit non seulement légiférer de la manière ordinaire, mais prendre quelques mesures appropriées de revision constitutionnelle et cela sans tarder. En l'espèce, la Libye a contesté que l'objectif déclaré de garantir un procès impartial sera atteint si (après avoir pris toutes les mesures nécessaires) elle se conforme à la résolution du Conseil de sécurité.

La question qui surgit maintenant du fait de la contestation par la Libye de la validité de la résolution 748 (1992) est celle de savoir si une décision du Conseil de sécurité peut l'emporter sur les droits qu'ont juridiquement les Etats et, en ce cas, s'il existe quelque restriction au pouvoir du Conseil de sécurité d'appliquer à une situation une qualification qui permette d'adopter une décision entraînant de telles conséquences. Les pouvoirs d'appréciation du Conseil ont-ils des limites? Etant donné l'équilibre de forces sur lequel repose la structure de l'Organisation des Nations Unies dans l'ordre international en mutation, peut-on concevoir qu'il y ait un point au-delà duquel l'on peut légitimement s'interroger, en droit, sur la compétence du Conseil de sécurité de produire de tels effets prééminents? S'il y a de telles limites, quelles sont-elles? Quel organe, sinon le Conseil de sécurité, est-il compétent pour dire en quoi elles consistent?

S'il faut répondre à toutes ces questions délicates et complexes par la négative, la situation risque d'être étrange. Elle ne serait pas pour autant nécessairement indéfendable en droit. Quant à savoir jusqu'à quel point la Cour peut pénétrer dans ce domaine, c'est là une autre affaire. Il s'agit pourtant de questions importantes, même si elles ne peuvent pas être examinées maintenant.

(Signé) Mohamed SHAHABUDEEN.