

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. SHAHABUDDEEN

[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

Libya's challenge to the validity of Security Council resolution 748 (1992) stands deferred to the hearing of its Application on the merits. But the refusal of its request for interim measures has immediate practical effects. These immediate practical effects inevitably invite attention to a point which can scarcely be overlooked in a judicial forum.

As is shown by the material before the Court, the evolution of the controversy between the Parties centred, in a basic sense, on the question of the need for an impartial trial. The United Kingdom contended that such a trial could not be had in Libya for the reason that the offences concerned acts of terrorism carried out by the two accused on behalf of the State of Libya (see Statement of the Permanent Representative of the United Kingdom in the Security Council, 21 January 1992, S/PV.3033, p. 105; and Solicitor General Rodgers, Q.C., Public Sitting of 26 March 1992 (afternoon), CR 92/3, pp. 21-22, and Public Sitting of 28 March 1992 (afternoon), CR 92/6, p. 8). On the other hand, Libya took the position that the United Kingdom has prejudged the case against its two nationals

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 contestation, par la Libye, de la validité de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité se trouve renvoyée à l'examen de sa requête sur le fond. En revanche, le rejet de sa demande en indication de mesures conservatoires produit des effets pratiques immédiats. Ces effets pratiques immédiats attirent inévitablement l'attention sur un point qui ne peut guère être méconnu devant une instance judiciaire.

Comme il ressort du dossier soumis à la Cour, l'évolution de la controverse entre les Parties a eu pour centre, en un sens fondamental, la question de la nécessité d'un procès impartial. Le Royaume-Uni a soutenu qu'un tel procès ne pouvait se dérouler en Libye pour la raison que les infractions concernaient des actes de terrorisme perpétrés par les deux accusés pour le compte de l'Etat libyen (voir la déclaration du représentant permanent du Royaume-Uni au Conseil de sécurité, 21 janvier 1992, S/PV.3033, p. 105; et le *Solicitor General* Rodger, Q.C., audience publique du 26 mars 1992 (après-midi), CR 92/3, p. 21-22, et audience publique du 28 mars 1992 (après-midi), CR 92/6, p. 8). D'autre part, la Libye a soutenu que le Royaume-Uni a préjugé l'affaire à l'encontre des deux

(Public Sitting of 26 March 1992 (morning), CR 92/2, p. 58, Professor Salmon). To this the United Kingdom has made answer that its prosecuting authorities have merely expressed the view that the evidence is enough to justify the bringing of charges. In the words of the Permanent Representative of the United Kingdom to the United Nations:

“We are not asserting the guilt of these two men before they are tried, but we do say that there is serious evidence against them which they must face in Court.” (S/PV.3033, 21 January 1992, p. 103.)

And, in the words of the Solicitor General for Scotland:

“I pause to observe that it was a recurring theme of the speeches made on behalf of the Applicant this morning that by asking for the accused to be handed over the United Kingdom was somehow violating the principle that their innocence was to be presumed until they had been found guilty.

It is certainly true that my colleague the Lord Advocate has sufficient evidence to justify charging these two men but if they are handed over for trial in Scotland their guilt or innocence will be determined not by the Lord Advocate, nor by the Government of the United Kingdom, but by a jury of 15 ordinary men and women.” (Public Sitting of 26 March 1992 (afternoon), CR 92/3, p. 21.)

Now, it was in evidence before the Court (see paragraph 28 of the Court’s Order) that the formal demands of the United Kingdom and the United States, as publicly addressed to Libya on 27 November 1991, read as follows:

“The British and American Governments today declare that the Government of *Libya must*:

- surrender for trial all those charged with the crime; and accept responsibility for the actions of Libyan officials;
- disclose all it knows of this crime, including the names of all those responsible, and allow full access to all witnesses, documents and other material evidence, including all the remaining timers;
- *pay appropriate compensation.*

We expect Libya to comply promptly and in full.” (Emphasis added.)

These demands were made with specific reference to the charges brought by the Procurator Fiscal on the direction of the Lord Advocate against the two accused. The demands were subsequently endorsed by the Security

ressortissants libyens (audience publique du 26 mars 1992 (matin), CR 92/2, p. 58, M. Salmon). A cela, le Royaume-Uni a répondu que son ministère public a seulement exprimé l'avis que les éléments de preuve suffisent pour justifier des inculpations. Selon les termes dont s'est servi le représentant permanent du Royaume-Uni à l'Organisation des Nations Unies :

« Nous n'affirmons pas que ces personnes sont coupables avant qu'elles soient jugées, mais nous disons qu'il existe de graves éléments de preuve contre elles et qu'elles doivent y faire face devant un tribunal. » (S/PV.3033, 21 janvier 1992, p. 103.)

Et, selon les termes du *Solicitor General* d'Ecosse :

« Je m'interromprai pour faire observer que l'un des leitmotifs, dans les plaidoiries faites au nom de l'Etat requérant ce matin, a été qu'en demandant que les inculpés soient remis le Royaume-Uni violait, d'une façon ou d'une autre, le principe selon lequel leur innocence devait être présumée jusqu'à ce que leur culpabilité ait été établie.

Il est incontestable que mon collègue le *Lord Advocate* a suffisamment d'élément de preuve pour justifier la mise en accusation de ces deux individus, mais s'ils sont traduits en justice en Ecosse leur culpabilité ou leur innocence sera déterminée non pas par le *Lord Advocate* ni par le Gouvernement du Royaume-Uni, mais par un jury de quinze hommes et femmes ordinaires. » (Audience publique du 26 mars 1992 (après-midi), CR 92/3, p. 21.)

Or, la preuve a été rapportée devant la Cour (voir paragraphe 28 de l'ordonnance de la Cour) que les demandes officielles du Royaume-Uni et des Etats-Unis, telles qu'elles furent publiquement adressées à la Libye le 27 novembre 1991, étaient ainsi libellées :

« Les Gouvernements britannique et américain déclarent ce jour que le *Gouvernement libyen doit* :

- livrer, afin qu'ils soient traduits en justice, tous ceux qui sont accusés de ce crime et assumer la responsabilité des agissements des agents libyens ;
- divulguer tous les renseignements en sa possession sur ce crime, y compris les noms de tous les responsables, et permettre le libre accès à tous les témoins, documents et autres preuves matérielles, y compris tous les dispositifs d'horlogerie restants ;
- verser des indemnités appropriées.

Nous comptons que la Libye remplira ses obligations promptement et sans aucune réserve. » (Les italiques sont de moi.)

Ces demandes ont été formulées en termes exprès à propos des accusations portées contre les deux inculpés par le *Procurator Fiscal* sur les instructions du *Lord Advocate*. Ces demandes ont été entérinées ultérieu-

Council, being incorporated by reference in its resolutions 731 (1992) and 748 (1992), both of which were promoted and supported by the United Kingdom.

It will be seen that the United Kingdom's third demand, that Libya "must . . . pay appropriate compensation", was not expressed to be contingent on the accused being eventually convicted after a trial. The demand, like the other demands, was specifically stated as a demand which was expected to be complied with "promptly and in full". This could only mean that it was to be complied with forthwith and therefore before any trial could possibly be held. That interpretation is reinforced by operative paragraph 1 of Security Council resolution 748 (1992) by which the Council decided

"that the Libyan Government must now comply without any further delay with paragraph 3 of resolution 731 (1992) regarding the requests contained in documents S/23306, S/23308 and S/23309".

Document S/23308 set out the demands referred to above.

Since the ground on which the United Kingdom made its demand for payment of compensation was that Libya had engaged international responsibility for the crimes allegedly committed by its two accused nationals, the making of the demand for payment "promptly and in full" constituted a public and widely publicized announcement by the Respondent State of a prior determination by it, as a State, that the two accused were in fact guilty of the offences charged. As noted above, the Solicitor General for Scotland affirmed to the Court that "their guilt or innocence will be determined not by the Lord Advocate, nor by the Government of the United Kingdom . . .". True, in the sense that guilt is for the courts; but it is nevertheless clear that guilt has already been determined by the United Kingdom as a State.

There is a related aspect. The guilt of the accused, said the Solicitor General, would be determined "by a jury of 15 ordinary men and women". That would happen in Scotland, where this tragic event took place, an event which both Parties agree (as, indeed, does everyone) was a dreadful crime by whomsoever perpetrated. The excellence of the Scottish system of justice has not been put in issue. Yet, the foregoing cannot be without serious implications for an impartial trial. That is important, for, as suggested above, there is a fundamental sense in which it can be said that the question of an impartial trial lies at the root of the entire controversy relating to the Respondent's demand for the surrender of the two accused (see, generally, *Halsbury's Laws of England*, 4th ed., Vol. 9, p. 10, para. 11, as to the prejudicial effect of public statements affirming innocence or guilt; *Archbold's Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 40th ed., p. 1670, para. 3468, stating that "a jury are more likely to be swayed by prejudicial

rement par le Conseil de sécurité et incorporées par voie de référence dans ses résolutions 731 (1992) et 748 (1992), toutes deux adoptées sur l'initiative du Royaume-Uni et avec son appui.

On constate que la troisième demande du Royaume-Uni, à savoir que la Libye « doit ... verser des indemnités appropriées », n'a pas été présentée comme si elle avait pour condition que les accusés soient finalement condamnés à l'issue d'un procès. Ladite réclamation, comme les autres, était expressément formulée d'une manière telle qu'il devait y être fait droit « promptement et sans aucune réserve ». Cela ne pouvait signifier qu'une chose : qu'il devait y être fait droit sur-le-champ et donc avant qu'il pût se tenir un procès. Une telle interprétation est confirmée par le paragraphe 1 du dispositif de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité, dans lequel le Conseil décide

« que le Gouvernement libyen doit désormais appliquer sans le moindre délai le paragraphe 3 de la résolution 731 (1992) concernant les demandes contenues dans les documents S/23306, S/23308 et S/23309 ».

Le document S/23308 reproduisait les demandes mentionnées ci-dessus.

Puisque le motif invoqué par le Royaume-Uni à l'appui de sa demande de paiement d'une indemnité était que la responsabilité internationale de la Libye se trouvait engagée du fait des infractions commises, alléguait-on, par ses deux ressortissants accusés, réclamer le paiement « promptement et sans aucune réserve » équivalait, pour l'Etat défendeur, à annoncer de façon publique et à grand renfort de publicité qu'il avait établi au préalable, en tant qu'Etat, que les deux accusés étaient en fait coupables des infractions visées dans l'acte d'inculpation. Comme on l'a indiqué plus haut, le *Solicitor General* d'Ecosse a déclaré à la Cour que « leur culpabilité ou leur innocence sera déterminée non pas par le *Lord Advocate* ni par le Gouvernement du Royaume-Uni... » Voilà qui est vrai en ce sens que c'est aux tribunaux qu'il appartient de reconnaître une culpabilité ; mais il n'en est pas moins clair que la culpabilité a déjà été décidée par le Royaume-Uni en tant qu'Etat.

A cela s'ajoute un aspect connexe de l'affaire. La culpabilité des accusés, a déclaré le *Solicitor General*, sera déterminée « par un jury de quinze hommes et femmes ordinaires ». Cela se passerait en Ecosse, où s'est produit l'événement tragique dont il s'agit, événement que les deux Parties s'accordent (comme d'ailleurs tout le monde) à considérer comme un crime effrayant, quels qu'en soient les auteurs. L'excellence de l'ordre judiciaire écossais n'a pas été mise en cause. Cependant, la circonstance indiquée ci-dessus ne saurait manquer d'avoir de graves répercussions pour un procès impartial. Il y a là un fait important car, comme on l'a donné à entendre, on peut dire en un sens fondamental que la question d'un procès impartial se situe à l'origine même de toute la controverse qui s'est élevée quand le défendeur a réclamé qu'on lui livre les deux accusés (voir, de façon générale, *Halsbury's Laws of England*, 4^e éd., vol. 9, p. 10, par. 11, sur les déclarations publiques affirmant l'innocence ou la culpabi-

matter than a judge"; Sir J. H. A. Macdonald, *A Practical Treatise on the Criminal Law of Scotland*, 5th ed., 1948, pp. 215-216; and David M. Walker, *The Scottish Legal System*, 1981, pp. 339-340).

(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 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.

lité qui ont pour effet de préjuger l'affaire; *Archbold's Criminal Pleading, Evidence and Practice*, 40^e éd., p. 1670, par. 3468, déclarant: «le jury est plus exposé que le magistrat à se laisser entraîner par un préjugé»; sir J. H. A. Macdonald, *A Practical Treatise on the Criminal Law of Scotland*, 5^e éd., 1948, p. 215-216; et David M. Walker, *The Scottish Legal System*, 1981, p. 339-340).

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 internationale, 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 SHAHABUDDEN.