

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

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

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-

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-

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.