

OPINION DISSIDENTE DE M. BEDJAOUI

1. L'affaire portée devant la Cour a reçu de la part de celle-ci un intitulé très neutre, conformément à sa bonne habitude. Il y est sobrement question « d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie ». Il ne s'agit pas que d'un simple « incident » mais d'un abominable attentat à l'explosif qui a fait deux cent soixante-dix victimes et qui exige la recherche, la poursuite et la condamnation sévère de ses auteurs, quels qu'ils soient. Mais quelle que soit l'indignation légitime que cet odieux attentat suscite, la condamnation de ses auteurs ne doit se faire que dans le strict respect de la légalité internationale.

2. L'examen de cette légalité internationale par la Cour est complexe. Cela est dû d'abord au fait que la Cour se trouve à la toute première phase de la procédure, celle concernant seulement l'indication de mesures conservatoires. Par hypothèse la Cour doit donc s'interdire à ce stade de se prononcer sur le fond, c'est-à-dire sur cette légalité internationale. La phase actuelle ne lui permet d'avoir qu'une idée provisoire et simplement *prima facie* du dossier, en attendant de se saisir du fond dans toutes ses dimensions. La complexité de la situation est ensuite et surtout due au fait que cette affaire reçoit simultanément un double traitement devant deux instances différentes, le Conseil de sécurité et la Cour internationale de Justice. Ce n'est pas la première fois que ces deux organes principaux des Nations Unies exercent simultanément, à propos d'une même affaire, les compétences respectives que leur confère la Charte (voir par exemple l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire à Téhéran* ou l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*). Mais si le traitement concomitant de pouvoirs concurrents mais non exclusifs n'a jusqu'ici posé que peu de problèmes, la présente affaire au contraire pose à la Cour de manière sérieuse la question non seulement de l'influence possible des décisions d'un organe principal sur l'examen de la même question par l'autre organe principal, mais aussi plus radicalement de la contrariété possible entre les décisions de ces deux organes et de la manière de traiter une aussi délicate situation.

3. Le différend d'ordre juridique présenté devant la Cour porte essentiellement, comme son titre l'indique, sur l'interprétation et l'application de la convention de 1971 de Montréal. Il est demandé à la Cour de dire si la requérante, la Libye, a le devoir international d'extrader deux de ses ressortissants, auteurs présumés de l'attentat de Lockerbie, pour les livrer aux autorités judiciaires américaines et britanniques. Les deux Etats défendeurs, Etats-Unis d'Amérique et Royaume-Uni, affirment l'exis-

tence d'une telle obligation, pendant que la Libye la conteste, ce qui scelle l'existence entre les trois Etats d'un différend d'ordre juridique bien circonscrit. Mais en attendant qu'elle puisse trancher celui-ci au fond, la Cour a été priée par la Libye d'indiquer des mesures conservatoires propres à garantir que sa décision finale ne perde pas son effet utile à la suite de quelque mesure ou action qu'entreprendraient les Parties entre-temps.

4. Mais parallèlement à ce différend d'ordre juridique très précis, les Etats-Unis et le Royaume-Uni ont saisi le Conseil de sécurité d'un autre différend visant à mettre en cause l'Etat libyen, accusé par eux d'être impliqué dans le terrorisme en général et dans l'attentat de Lockerbie en particulier. Ce différend est très distinct du premier. En effet le premier porte sur l'extradition de deux nationaux et reçoit un traitement juridique devant la Cour sur demande de la Libye, tandis que le second porte plus largement sur le terrorisme d'Etat et la responsabilité internationale de l'Etat libyen et reçoit quant à lui un traitement politique devant le Conseil de sécurité sur demande des Etats-Unis et du Royaume-Uni.

5. S'agissant du traitement juridique du premier différend par la Cour, il n'est nullement demandé à celle-ci dans la présente instance de se prononcer sur le terrorisme d'Etat et la responsabilité internationale de la Libye et cela d'autant moins que les deux Etats défendeurs n'ont pas formulé une demande reconventionnelle à cet effet, à la suite de l'introduction de la requête libyenne. Le second différend, portant sur la responsabilité internationale de la Libye, a reçu une solution strictement politique notamment par une mise en cause de la responsabilité de l'Etat libyen, par une demande d'indemnisation des familles des victimes et par l'imposition d'une obligation de renoncer concrètement au terrorisme, là où une solution judiciaire, forcément plus exigeante sur la procédure, eût nécessité au préalable une administration de la preuve, un débat contradictoire et un « *due process of law* ».

6. Il était du droit le plus absolu pour la Libye de saisir la Cour du différend portant sur l'extradition pour en escompter une solution judiciaire, comme il était du droit le plus absolu pour les Etats-Unis et le Royaume-Uni de saisir le Conseil de sécurité du différend portant sur la responsabilité internationale de la Libye pour en obtenir une solution politique. Les missions respectives du Conseil de sécurité et de la Cour se situent bien ainsi sur deux plans distincts et avec des objets différents et requièrent des méthodes spécifiques de règlement conformes à leurs pouvoirs respectifs propres. Une telle situation comportant deux démarches distinctes des deux organes principaux des Nations Unies avec des compétences parallèles n'est au demeurant pas inhabituelle, comme je l'ai dit au paragraphe 2 ci-dessus. Mais la difficulté dans le cas présent réside dans le fait que le Conseil de sécurité a non seulement décidé d'un certain nombre de mesures politiques à l'encontre de la Libye, mais a aussi réclamé d'elle l'*extradition de ses deux nationaux*. C'est cette demande spécifique du Conseil qui crée un chevauchement sur la substance même du différend

d'ordre juridique auquel la Cour est chargée de donner un traitement juridique sur la base de la convention de Montréal de 1971 et du droit international en général. Ainsi la question de l'extradition s'exposait au risque de deux solutions contradictoires, l'une politique, l'autre juridique, et d'une contrariété entre la décision de la Cour et celle du Conseil de sécurité.

7. Une telle contrariété de décisions entre deux organes des Nations Unies serait préoccupante. Car la Cour n'a généralement pas pour rôle de contrôler en forme d'appel les décisions du Conseil de sécurité dans sa haute mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales, pas plus que le Conseil de sécurité n'a pour rôle de se substituer à la Cour en portant atteinte à l'intégrité de sa fonction judiciaire internationale. Or la présente affaire, au stade des mesures conservatoires demandées par la Libye, nous situe dans cette perspective de contrariété de décisions du fait qu'une des exigences du Conseil de sécurité crée une « zone grise » de chevauchement d'attributions et instaure un conflit de compétences. Le dossier de l'affaire autorisait en effet la Cour à indiquer des mesures conservatoires pour sauvegarder les droits éventuels de la partie requérante à refuser l'extradition de deux de ses nationaux alors que le Conseil de sécurité vient de prendre une décision obligatoire au titre du chapitre VII de la Charte d'extrader ces deux individus.

* * *

8. Toutes les conditions me paraissent avoir été remplies pour que la Cour indique des mesures conservatoires à la demande de l'Etat requérant, en attendant de se prononcer sur le fond. Tout d'abord il n'est contesté par personne qu'il existe devant la Cour un différend d'ordre juridique portant sur des questions de droit très précises découlant de l'interprétation et de l'application de la convention de Montréal de 1971. Par ailleurs la compétence de la Cour est établie sur la base de l'article 14, paragraphe 1, de ladite convention. Cet article subordonne la saisine de la Cour à une première condition, celle des négociations préalables entre les parties. Elle est parfaitement remplie. L'analyse que j'ai rapidement esquissée ci-dessus au sujet de la dualité et de la non-identité des différends présentés parallèlement à la Cour et au Conseil de sécurité montre que la négociation recherchée pour régler la question de l'extradition était par nature et par essence à jamais inopérante. Dès lors que la Libye refusait l'extradition de ses ressortissants et proposait d'autres solutions de rechange (remise des deux suspects soit aux Nations Unies ou à la Ligue arabe, soit aux autorités judiciaires d'un pays tiers, ou à une juridiction internationale judiciaire ou arbitrale, alors que les Etats-Unis et le Royaume-Uni n'offraient à la Libye que le choix entre une extradition non négociable par principe et des sanctions du Conseil de sécurité), il apparaissait à l'évidence que la notion même de négociation ne pouvait trouver sa place dans un tel contexte. La jurisprudence de la devancière de la Cour est à cet égard éclairante :

« Une négociation ne suppose pas toujours et nécessairement une série plus ou moins longue de notes et de dépêches ; ce peut être assez qu'une conversation ait été entamée ; cette conversation a pu être très courte : tel est le cas si elle a rencontré un point mort, si elle s'est heurtée finalement à un *non possumus* ou à un *non volumus* péremptoire de l'une des Parties et qu'ainsi il est apparu avec évidence que *le différend n'est pas susceptible d'être réglé par une négociation diplomatique.* » (*Concessions Mavrommatis en Palestine, C.P.J.I. série A n° 2, p. 13.*)

C'est aussi la jurisprudence de la présente Cour telle qu'elle se dégage de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, et de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

9. L'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal de 1971 subordonne la saisine de la Cour à une seconde condition préalable qui aurait imposé à la Libye d'attendre l'écoulement d'un délai de six mois au cours duquel elle devait chercher un règlement du différend par la voie de l'arbitrage. Cette condition en l'espèce ne fait pas obstacle à la compétence de la Cour, pour plusieurs raisons. Tout d'abord lorsque, faisant réponse à la demande d'arbitrage formulée par la Libye, le représentant permanent du Royaume-Uni auprès des Nations Unies a déclaré qu'elle n'avait « aucune pertinence », cela signifie à l'évidence que le choix fait par les Etats-Unis et le Royaume-Uni de saisir le Conseil de sécurité en vue d'obtenir de lui une solution politique ne laisse d'emblée aucune place à une solution arbitrale. La demande d'arbitrage apparaissait dès lors comme foncièrement inappropriée et incompatible avec le traitement politique attendu du Conseil de sécurité et d'ailleurs intervenu effectivement. En conséquence la voie de l'arbitrage était par hypothèse et par principe exclue, quelle qu'ait pu être la durée de l'attente de la Libye. Le délai de six mois était tout à fait inopérant en tant que non cohérent avec le type de règlement politique retenu par les deux Etats défendeurs, dès lors qu'ils ont préféré le recours au Conseil de sécurité en janvier dernier. La déclaration de « non pertinence » de l'arbitrage signifie plus qu'un simple rejet de celui-ci par le Royaume-Uni, une affirmation péremptoire d'incompatibilité par nature entre la voie de l'arbitrage demandé et celle de la solution politique assortie de sanctions recherchée au niveau du Conseil de sécurité. Et le fait que la Libye ait fait par la suite des propositions nouvelles autres que l'arbitrage est moins le signe d'une certaine inconstance que l'élément témoin de l'impossibilité de l'arbitrage, dont elle a ainsi pris acte. Par ailleurs l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal de 1971 énonce que c'est « dans les six mois » qui suivent la date de la demande d'arbitrage que la Cour peut être saisie à la diligence de l'une des parties. Cela signifie qu'il n'y a pas lieu d'attendre le complet écoulement de ce délai, mais tout au contraire qu'il est possible de saisir la Cour « pendant » cette période de six mois, ou « à l'intérieur » ou « au cours » de ce délai et jamais au-delà. La Libye est donc recevable à saisir la

Cour à tout moment avant l'épuisement du délai de six mois. Ainsi la condition *ratione temporis* prévue à la convention s'interprète en faveur de la Libye tant par exégèse du texte que par référence à son esprit et à sa finalité d'une part et au contexte de la présente affaire d'autre part. Et, pour reprendre une formule dans laquelle se posait aussi une question de délai pour convenir d'un arbitrage,

« il tombe sous le sens qu'il ne faut pas y voir une condition préalable à l'applicabilité de la disposition précise et catégorique [d'un article d'un traité] qui prévoit la compétence obligatoire de la Cour » (*C.I.J. Recueil 1980*, p. 25, par. 48).

10. Reste la compétence *ratione personae*. Il a été soutenu que la convention de Montréal de 1971 ne donnerait pas compétence à la Cour en l'espèce du fait que l'on serait ici en présence d'une affaire de terrorisme d'Etat et non d'actes d'individus. Cette allégation appelle une réponse à trois niveaux différents. Tout d'abord l'article premier de la convention de Montréal de 1971 ne peut laisser subsister aucun doute dans la mesure où il vise « toute personne » qui commettrait certains « actes » qualifiés d'« infraction pénale ». Cela signifie que la convention s'applique très largement à « toute » personne, qu'elle agisse pour son propre compte, ou au nom d'une quelconque organisation ou encore sur ordre d'un Etat. Tout au plus, si la personne a commis l'infraction en qualité d'organe d'un Etat, la convention pourrait se révéler, non pas inapplicable, mais plutôt inefficace dans la mesure où l'Etat qui choisirait de ne pas extradier mais de faire juger les suspects par ses propres tribunaux se jugerait lui-même, ce qui, on s'en doute bien, ne serait pas une solution satisfaisante. En second lieu, et comme on l'avait déjà vu, la question de la responsabilité internationale de l'Etat pour des actes illicites de cette nature a été confiée au Conseil de sécurité et ne constitue pas du tout le fond du différend soumis à la Cour concernant l'existence ou non d'une obligation internationale d'extrader des nationaux. En troisième lieu, et en tout état de cause, il importe de ne pas perdre de vue la nature de la phase actuelle de la procédure et de savoir que

« lorsqu'elle est saisie d'une demande en indication de mesures conservatoires, la Cour n'a pas besoin, avant de décider si elle indiquera ou non de telles mesures, de parvenir à une conclusion définitive sur sa compétence au fond ... mais qu'elle ne doit cependant indiquer de telles mesures que si les dispositions invoquées par le requérant paraissent constituer *prima facie* une base sur laquelle sa compétence pourrait être fondée » (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, ordonnance du 10 mai 1984, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 179, par. 24).

Tel est bien le cas en l'espèce et la Cour est compétente *prima facie*.

11. Bien entendu la Cour ne peut ici exercer sa compétence et indiquer des mesures conservatoires, en vertu de l'article 41 de son Statut, que si elle estime pour autant que les circonstances l'exigent pour sauvegarder les droits de chacune des Parties. Il importe donc d'identifier les droits susceptibles d'être protégés. Il a été soutenu à ce sujet que de tels droits sont inexistantes ou illusoire, ou en tout cas insuffisamment déterminés du fait de l'imprécision de la requête. Je ne peux être de cet avis. Dans ses conclusions finales, la Libye a présenté deux séries de demandes, les unes tendant à obtenir que les Etats-Unis et le Royaume-Uni s'abstiennent d'exercer des moyens de coercition pour forcer la Libye à extraditer ses propres nationaux, les autres tendant à protéger les droits de la Libye en ce qui concerne les instances introduites par ses requêtes. Les droits dont la Libye demande la protection par des mesures conservatoires sont d'abord des droits conventionnels que l'on doit reconnaître *prima facie* au demandeur comme à toutes les parties liées par la convention de Montréal de 1971. Il s'agit principalement du droit du demandeur d'établir sa propre compétence sur les auteurs présumés de l'attentat (article 5, paragraphe 2, de la convention); du droit d'appliquer la loi libyenne au procès de ces suspects (art. 5, par. 3); du droit de soumettre l'affaire à ses propres juridictions pénales (art. 7); du droit, assorti de son interface obligationnelle, d'accorder toutes les garanties judiciaires aux auteurs présumés et de les protéger des jugements hâtifs de l'opinion ou des *mass media*; du droit enfin de réclamer et d'obtenir la coopération et l'entraide judiciaires des autres Etats intéressés (art. 11). Les droits à sauvegarder sont en second lieu les droits que le demandeur peut tirer comme tout autre Etat soit de la Charte des Nations Unies soit du droit international général (respect de la souveraineté, de l'intégrité territoriale, de l'indépendance politique de l'Etat, non-recours à la menace ou à l'emploi de la force).

12. Il s'agit de droits qui ne sont ni inexistantes, ni illusoire, ni indéterminés. L'article 7 de la convention de Montréal de 1971 qui a le plus prêté à discussion, et qui se trouve au cœur de la requête libyenne, impose impérativement à tout Etat partie à la convention soit d'extrader, soit de faire poursuivre par ses tribunaux les auteurs présumés de l'infraction, conformément à l'option traditionnellement ouverte par la maxime *aut dedere aut judicare*. Sans aborder le fond, on sait qu'il n'existe en droit international aucune norme qui interdise ou, à l'inverse, qui impose l'extradition de nationaux. Ce que le droit conventionnel de Montréal se limite à faire, en complétant ainsi le droit international général, c'est d'une part de renvoyer aux différents droits nationaux, mais d'autre part de prescrire aux Etats une « obligation de faire », conformément à leur droit interne, c'est-à-dire soit d'extrader, soit de faire poursuivre par leurs tribunaux. Cette option est valable aujourd'hui sinon en droit international général, du moins entre tous les Etats parties à la convention de Montréal de 1971. Il a été alors soutenu que le droit à protéger ici est illusoire, puisqu'il s'agirait plutôt d'une obligation. Mais l'Etat ne serait-il donc pas autorisé à revendiquer le droit, fondamentalement dérivé de sa souveraineté, de ne pas être entravé dans l'accomplissement de son devoir international? Par

ailleurs, il a été soutenu que la convention de Montréal de 1971 ne confère à un Etat partie aucun droit au titre de l'article 7 qu'il n'ait déjà au titre du droit international général, de sorte que, même si la convention de Montréal de 1971 n'existait pas ou si la Libye ne l'avait pas ratifiée, cet Etat resterait libre de refuser l'extradition en vertu du droit international. De cette observation exacte il a été tiré une conclusion erronée, à savoir que le droit conventionnel à protéger serait inexistant, ou illusoire, car l'article 7 ne confère pas là un droit supplémentaire à l'Etat. Mais comment comprendre qu'un droit reconnu par le droit international général et confirmé par une convention internationale viendrait à perdre toute existence et tout bénéfice à sa sauvegarde du seul fait de sa confirmation dont on aurait pu penser qu'elle le renforcerait? A la base du raisonnement il y a en vérité l'affirmation implicite que dans cette affaire la Cour ne pourrait appliquer que la convention de Montréal de 1971 à l'exclusion du droit international général, alors même que de toute évidence son Statut et sa mission générale lui en imposent spontanément l'application.

13. La Cour n'indique de mesures conservatoires que pour autant que les droits reconnus *prima facie* sont menacés de disparaître. En l'espèce il ne paraît pas nécessaire de s'apesantir longuement sur le caractère irréparable du préjudice qui résulterait de la disparition de ces droits avant le prononcé de la Cour. Si l'Etat requérant subit des mesures de contrainte, de quelque nature qu'elles soient, en vue de consentir à extraditer ses nationaux, alors que des dispositions expresses de sa constitution ou de ses lois le lui interdisent, cela peut-il signifier autre chose qu'il aura été obligé de renoncer à un droit reconnu *prima facie* et qu'on l'aura contraint à violer sa propre législation? Il est donc clair que si ce droit n'est pas protégé par des mesures conservatoires l'hypothèse d'un risque de sa disparition pure et simple ne saurait être écartée, de sorte que, de ce point de vue, le préjudice serait irréparable en ce que ce droit perdu ne saurait être après coup reconstitué. La menace de disparition de ce droit était si réelle qu'elle s'est réalisée ensuite avec l'adoption de la résolution 748 (1992) qui l'a effectivement aboli!

14. Quant à la question de l'urgence, autre élément dont la jurisprudence de la Cour tient traditionnellement compte pour se prononcer sur l'opportunité d'indiquer des mesures conservatoires, il est tout simplement manifeste qu'en l'espèce cette urgence existe. Il est demandé à la Libye de répondre «immédiatement», ou «sans le moindre délai» aux demandes des deux Etats défendeurs, notamment en ce qui concerne l'extradition de ses deux ressortissants.

15. En conséquence de tout ce qui précède, je suis parvenu à la conclusion que toutes les conditions sont réunies en l'espèce pour que la Cour indique des mesures conservatoires. Ce pouvoir que la Cour tient de l'article 41 de son Statut est certes tout à fait discrétionnaire et la Cour doit se livrer à une libre évaluation des «circonstances» pour savoir si celles-ci

« exigent » l'indication de mesures conservatoires. Mais cet examen est tout sauf arbitraire. Si la jurisprudence a progressivement dégagé les critères et conditions à remplir c'est précisément la preuve que son appréciation n'a pas ce caractère imprévisible et subjectif.

Et à supposer que les demandes de l'Etat requérant puissent encore paraître imprécises, il appartient à la Cour d'indiquer telles mesures conservatoires qui lui paraîtraient plus précises et plus conformes aux exigences de l'affaire et aux nécessités des circonstances. L'article 75, paragraphe 2, du Règlement de la Cour autorise celle-ci à « indiquer des mesures totalement ou partiellement différentes de celles qui sont sollicitées, ou des mesures à prendre ou à exécuter par la partie même dont émane la demande ». Cet article ouvre donc à la Cour des possibilités très larges qui auraient même pu aller en la circonstance jusqu'à prescrire à l'Etat demandeur de placer les deux auteurs présumés de l'infraction sous l'autorité et la garde provisoires d'un Etat tiers, d'une organisation internationale ou régionale, ou même, pourquoi pas, sous l'autorité de la Cour...

* * *

16. La Cour n'a pas prescrit toutes mesures conservatoires que l'examen du dossier aurait dû, à mon avis, lui dicter et c'est pourquoi je reste réservé, bien à regret, à l'égard de sa décision. Il est vrai que le différend d'ordre juridique relatif à l'extradition et dont la Cour est saisie se trouve en relation avec un autre différend, traité politiquement par le Conseil de sécurité, et relatif plus largement à la responsabilité internationale de l'Etat demandeur. Et aux paragraphes 6 et 7 de la présente opinion je relevais l'existence d'un chevauchement ou d'une « zone grise » entre les compétences respectives du Conseil de sécurité et de la Cour internationale de Justice, dès lors que le Conseil a estimé nécessaire d'inclure dans ses demandes à la Libye celle de l'extradition dont la Cour s'occupe également. De fait les deux ordonnances de la Cour se bornent à prendre en compte la résolution 748 du 31 mars 1992 du Conseil de sécurité qui édicte des sanctions prenant effet le 15 avril contre l'Etat demandeur s'il n'a pas, entre autres choses, extradé ses deux ressortissants. Ainsi les deux ordonnances contiennent chacune un dispositif qui n'est rien d'autre qu'un rejet de la demande de mesures conservatoires. Ce rejet ne paraît pas découler des mérites propres du dossier et de la valeur intrinsèque de la requête, mais plutôt de considérations et de décisions extérieures au dossier, ce qui pourrait poser le problème de l'intégrité de la fonction judiciaire. Les deux ordonnances ne paraissent pas être l'expression du pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour de renoncer éventuellement à indiquer des mesures conservatoires; elles sont au contraire le résultat d'un pouvoir « lié » par une décision du Conseil de sécurité qui a porté, entre autres objets, sur l'objet même du différend d'ordre juridique soumis à la Cour.

* * *

17. Un point de procédure doit d'abord être évoqué. Dans le traitement politique que le Conseil de sécurité était parfaitement en droit de donner à l'affaire plus large de la responsabilité internationale d'un Etat, le Conseil a adopté une résolution 731 du 21 janvier 1992 au titre du chapitre VI de la Charte et une résolution 748 du 31 mars 1992 au titre du chapitre VII. Il importe de savoir comment ces résolutions se situent par rapport au différend d'ordre juridique soumis à la Cour. Lorsque celle-ci fut saisie des requêtes libyennes le 3 mars, la première résolution 731 (1992) était intervenue et les parties en avaient largement débattu devant la Cour. Par contre la résolution 748 du 31 mars 1992 était hors dossier parce qu'elle n'avait pas encore d'existence juridique lorsque les débats furent clos devant la Cour le 28 mars 1992. Une résolution obligatoire de cette importance, notifiée à tous les Etats et opposable à chacun d'entre eux, était naturellement connue d'eux. Mais une chose est de connaître et même d'exécuter cette résolution, et autre chose est de la « faire valoir » devant une juridiction internationale. Faute d'une démarche procédurale formelle (et contradictoire) des Parties au différend, la Cour n'était pas obligée, semble-t-il, de tenir compte d'une résolution intervenue après la clôture des débats et de l'appliquer, en quelque sorte rétroactivement, au dossier qui lui avait été soumis. Néanmoins la Cour a jugé meilleur de prendre elle-même l'initiative de recueillir les observations des Parties sur ce point, en cours de délibéré. Quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur le bien-fondé de cette procédure, le fait est que la résolution 748 (1992), postérieure aux débats de la Cour, est entrée dans son prétoire.

* * *

18. C'est à juste titre, semble-t-il, que la Cour ne s'est à aucun moment laissé entraîner à se prononcer sur la validité du traitement que le Conseil de sécurité avait entendu donner à l'affaire de la responsabilité internationale d'un Etat pour activités terroristes, qui est plus large que le différend ici. Sans même avoir à évoquer le délicat problème de la compétence éventuelle de la Cour en matière de contentieux de la légalité des décisions du Conseil de sécurité, et sans même avoir à se souvenir qu'en tout état de cause l'exercice de cette éventuelle compétence serait prématuré dans la phase actuelle de demande en indication de mesures conservatoires, il suffit de ne pas perdre de vue que la Cour n'a nullement été saisie de ce vaste différend porté devant le Conseil de sécurité. La Cour s'est donc interdit à bon droit de contrôler le Conseil de sécurité dans son pouvoir exclusif d'appliquer à cette affaire un traitement politique, c'est-à-dire échappant aux normes et procédures applicables dans une institution judiciaire comme la Cour. Celle-ci, ne pouvant oublier, ni qu'elle n'est pas saisie, ni qu'elle se trouve, de surcroît, dans une phase où elle s'interdit de trancher au fond, ne peut pas appliquer ses critères juridiques pour apprécier en quoi que ce soit la légalité de ce traitement politique, même si l'on

est d'avis qu'au moins deux faits devaient inviter le Conseil de sécurité à une particulière prudence avant de condamner l'Etat libyen : d'une part l'enquête policière semblait avoir longtemps hésité entre diverses autres pistes et d'autre part la résolution 41/38 du 20 novembre 1986 de l'Assemblée générale avait mis après coup hors de cause l'Etat libyen pour des actes illicites qui lui valurent cependant en 1986 le bombardement de son territoire à Tripoli et à Benghazi.

19. Il reste que la Cour a refusé, de manière irréprochable, de suivre une des Parties dans la critique de l'action du Conseil de sécurité qui n'avait pas songé à demander un avis consultatif à la Cour susceptible de l'éclairer avant d'adopter la résolution 731 du 21 janvier 1992. On peut regretter cette abstention du Conseil, mais aucune disposition de la Charte ne fait hélas! de la consultation de la Cour un acte obligatoire. Tout a montré au contraire que le Conseil entendait appliquer de bout en bout un traitement politique à une affaire politique, alors que

«la Cour ... a conçu sa compétence en matière consultative comme une fonction judiciaire et, dans l'exercice de cette compétence, elle s'est tenue dans les limites propres à l'action judiciaire. Elle a agi non pas comme une « académie de juristes » mais comme une « magistrature » responsable» (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, p. 511).

De même il n'était pas possible d'exercer un contrôle judiciaire du Conseil lorsque celui-ci, en adoptant sa résolution 731 (1992), s'était placé résolument dans le cadre du chapitre VI de la Charte relatif au règlement pacifique des différends, mais avait préféré certaines méthodes de règlement à d'autres. C'est ainsi qu'il n'a pas encouragé les Etats qui l'ont saisi à s'adresser à la Cour, alors même que l'article 36, paragraphe 3, de la Charte lui faisait, semble-t-il, un certain devoir de

«tenir compte du fait que, d'une manière générale, les différends d'ordre juridique devraient être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions du Statut de la Cour».

20. De même, on ne voyait pas comment le Conseil de sécurité pouvait être censuré pour être passé du chapitre VI avec la résolution 731 (1992) au chapitre VII avec la résolution 748 (1992) et pour avoir ainsi qualifié discrétionnairement une situation comme susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales. L'on sait cependant que dans l'affaire des *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* certains juges s'étaient élevés contre la manière dont le Conseil de sécurité a exercé son pouvoir discrétionnaire de traiter une « situation ... en relation avec le maintien de la paix et de la sécurité internationales » (*C.I.J. Recueil 1971*, opinion dissidente de M. Gros, p. 340, par. 34) :

« c'est une nouvelle tentative pour modifier les principes de la Charte sur les pouvoirs reconnus par les Etats aux organes qu'ils instituèrent. Il ne suffit pas de dire qu'une affaire a un «écho» sur le maintien de la paix pour que le Conseil de sécurité se transforme en gouvernement mondial. »

De même un autre juge déclarait en la même affaire, à propos de l'article 24 de la Charte, que celui-ci

« ne limite pas les *cas* où le Conseil de sécurité peut agir pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité, étant entendu que la menace invoquée ne doit être ni une simple fiction ni un prétexte » (*C.I.J. Recueil 1971*, opinion dissidente de sir Gerald Fitzmaurice, p. 293, par. 112).

Et le même juge ajoutait plus loin que certaines

« limitations aux pouvoirs du Conseil de sécurité sont nécessaires car il n'est que trop facile de présenter une situation internationale qui fait l'objet de vives controverses comme impliquant une menace latente contre la paix et la sécurité, même si elle est trop éloignée pour paraître authentique. Sans ces limitations, les fonctions du Conseil de sécurité pourraient être utilisées à des fins qui n'ont jamais été prévues à l'origine... [I]l n'existait aucune menace contre la paix ou la sécurité autre que celle qui pouvait être suscitée artificiellement et comme prétexte à atteindre des objectifs inavoués. » (*Ibid.*, p. 294, par. 116.)

21. Ces opinions apparurent au moment où la Cour devait débattre des conséquences attachées à la révocation du mandat de l'Afrique du Sud sur la Namibie, décidée par l'Assemblée générale et « confirmée » par le Conseil de sécurité. Ce qui importe ici n'est pas bien entendu le cas en lui-même, mais le débat, symptomatique et actuel, qui s'est instauré sur *les limites* susceptibles d'être assignées à l'action du Conseil de sécurité et sur le souci exprimé par certains juges d'éviter qu'« il excède ses pouvoirs » (*ibid.*, opinion dissidente Fitzmaurice, p. 295, par. 116 *in fine*). D'une manière générale, la question de la validité des résolutions des organes principaux des Nations Unies au regard de la Charte et/ou du droit international a fait l'objet de nombreux travaux et de grands auteurs se sont interrogés par le passé sur la légalité de certaines d'entre elles (voir par exemple Hans Kelsen, *The Law of United Nations*, Londres, 1951, p. 195, 197 et suiv., 287 et suiv., et *passim*). Mais en la présente circonstance, comment la Cour, qui n'est pas saisie du différend plus large, peut-elle contester que le Conseil de sécurité est maître de la qualification des situations internationales et qu'il peut se placer sur le terrain du chapitre VII de la Charte, même s'il peut paraître déroutant à plus d'un que l'horrible attentat de Lockerbie est vu *aujourd'hui* comme une menace *pressante* à la paix internationale alors qu'il s'est produit *il y a plus de trois ans*?

* * *

22. Si l'on garde donc à l'esprit la distinction simple mais essentielle établie au début de la présente opinion, entre le différend juridique bien précis soumis à la Cour et le différend politique plus vaste porté devant le Conseil de sécurité, on comprend parfaitement que la Cour ne puisse que s'interdire, par fonction et par attribution, de connaître de quelque aspect que ce soit des solutions politiques apportées par le Conseil de sécurité. Cette attitude de la Cour reste défendable *pour aussi longtemps* qu'aucun élément de ces solutions politiques du Conseil ne vienne écartier, interdire ou rendre impossible la solution juridique attendue de la Cour. Il est clair que dans ce cas c'est la fonction judiciaire qui serait atteinte dans sa raison d'être. C'est ce qui se produit ici dans la zone de chevauchement des deux différends où la question de l'extradition de deux individus reçoit du Conseil une solution qui prive de tout sens la solution de la Cour.

23. Une telle situation, dans laquelle la Cour aurait dû indiquer des mesures conservatoires au seul vu de la valeur propre du dossier pour protéger un droit que le Conseil de sécurité annihile par sa résolution 748 (1992) alors que l'affaire est *sub judice*, n'est pas satisfaisante pour la fonction judiciaire. Elle l'est encore moins lorsque l'un des deux Etats défendeurs, les Etats-Unis d'Amérique, demande à la Cour de renoncer purement et simplement à exercer son devoir judiciaire et de s'incliner devant le Conseil de sécurité « pour éviter d'entrer en conflit » avec lui. Dans une lettre du 7 avril 1992, l'agent du Gouvernement américain, en réponse à la lettre du 4 avril par laquelle la Cour invitait l'Etat défendeur à formuler ses observations éventuelles sur les conséquences de la résolution 748 (1992) sur la présente procédure, avait en effet déclaré que « *pour éviter tout conflit avec le Conseil de sécurité, la Cour devrait rejeter la demande en indication de mesures conservatoires en l'espèce* » (les italiques sont de moi). Un des conseils des Etats-Unis ne réclamait pas autre chose de la Cour durant les audiences, c'est-à-dire *avant même que la résolution 748 (1992) n'intervienne*: « La Cour, a-t-il déclaré, *doit examiner si son action risque d'entrer en conflit avec les mesures que le Conseil a adoptées ou envisage actuellement...* » (Audience publique du 27 mars 1992, CR 92/4, p. 67; les italiques sont de moi.) De telles invitations faites clairement à la Cour de renoncer à l'exercice indépendant de sa fonction judiciaire laissent perplexe. En d'autres temps, le Conseil de sécurité attendait la décision de la Cour. Dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*, le Conseil, saisi en 1951 par le Royaume-Uni qui lui demandait de prendre des mesures contre l'Iran, avait repoussé la discussion jusqu'à la décision de la Cour. Aujourd'hui encore, au sein du Conseil de sécurité, plusieurs Etats membres, qu'ils aient ou non voté pour les résolutions 731 (1992) et 748 (1992), ont exprimé leur conviction profonde qu'il est nécessaire de laisser la Cour accomplir sa mission et de fait ils attendent de la Cour qu'elle exprime la légalité internationale.

* * *

24. La résolution 748 du 31 mars 1992 du Conseil de sécurité dispose en son paragraphe 1 « que le Gouvernement libyen doit désormais appliquer sans le moindre délai le paragraphe 3 de la résolution 731 (1992) concernant les demandes » que les deux Etats défendeurs lui avaient faites et en particulier la demande d'extradition qui fait tout l'objet de la présente procédure. Le « conflit » est là. Au cours des audiences, l'Etat requérant avait posé en termes généraux la question de la validité constitutionnelle de la résolution 731 du 21 janvier 1992 déjà, la résolution 748 (1992) n'étant pas encore intervenue (audience publique du 26 mars 1992 (matin)). Cette question de validité risque de poser deux problèmes considérables, sérieux et complexes à la fois, qui sont de savoir si le Conseil de sécurité doit, dans son action, premièrement respecter la Charte des Nations Unies et deuxièmement respecter le droit international général.

25. Le premier problème est peut-être le moins difficile des deux. En simplifiant beaucoup, on pourrait dire qu'il ne serait pas déraisonnable d'affirmer que le Conseil de sécurité doit obéir à la Charte d'une part parce que c'est l'acte auquel il doit jusqu'à son existence et d'autre part et surtout parce qu'il est au service de cette Charte et de l'Organisation des Nations Unies. Les travaux préparatoires de la Conférence de San Francisco ont montré combien l'on était préoccupé par ce problème et il s'en dégage que l'esprit de la Charte est bien d'empêcher le Conseil de sécurité de s'affranchir en quoi que ce soit de cette Charte.

Mais en plus de son esprit, le texte même de la Charte va dans le même sens. L'article 24, paragraphe 2, de la Charte dispose expressément que : « Dans l'accomplissement de [ses] devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. » L'une des questions qui se poseraient alors serait de savoir si un organe peut agir de telle manière à rendre impossible la mission de l'autre. Et cela vaut du reste autant pour le Conseil de sécurité que pour la Cour elle-même, tant il est vrai que la Charte prescrit à chacun des organes des Nations Unies de s'acquitter pleinement de sa mission et de n'en abdiquer aucune parcelle pour concourir à la réalisation des buts et principes des Nations Unies. Or l'article 92 de la Charte dispose que la Cour est l'organe judiciaire principal des Nations Unies et l'article 36 de son Statut, qui est partie intégrante de la Charte, confère à la Cour le pouvoir de régler « tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet : a) l'interprétation d'un traité; b) tout point de droit international; ... »

26. Quant au second problème concernant le respect du droit international par le Conseil de sécurité, il est plus aigu. Lorsque l'article 24 de la Charte, cité ci-dessus, fait devoir au Conseil de se conformer aux « buts et principes des Nations Unies », cela nous renvoie à l'article 1, paragraphe 1, de celle-ci qui précise que la démarche du Conseil de sécurité (car il s'agit de lui essentiellement dans le contexte de cet article) doit s'ordonner « conformément aux principes de la justice et du droit international ». Certes le Conseil doit obéir aux « principes de la justice », expression relativement vague, au même titre qu'il doit aussi d'ailleurs être inspiré par d'autres principes, politiques ou autres; mais l'essentiel qui

nous concerne ici n'est-il pas qu'il est tenu de respecter « les principes du droit international », expression plus précise pour les internationalistes ? Parlant d'un principe de droit international, un ancien juge de la Cour, sir Gerald Fitzmaurice, déclarait :

« C'est là un principe de droit international solidement établi — *et le Conseil de sécurité y est tout aussi soumis* (car les Nations Unies sont elles-mêmes un sujet du droit international) que n'importe lequel des Etats Membres. » (*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, opinion dissidente, p. 294, par. 115; les itali-ques sont de moi.*)

27. Mais pour autant que la question de la validité de la résolution 731 (1992) et surtout de la résolution 748 (1992) se poserait au regard de la Charte ou du droit international, il convient de tenir compte là aussi du fait que la Cour ne peut pas, à ce stade préliminaire de la procédure, se prononcer sur des questions de substance des deux affaires. De sorte que la situation doit, à mon avis, se résumer comme suit : d'un côté j'estime que les droits allégués par la Libye existent *prima facie* et que toutes les conditions habituellement mises par la Cour pour indiquer des mesures conservatoires sont remplies en l'espèce pour que ces droits puissent être sauvegardés conformément à l'article 41 du Statut de la Cour. Et c'est sur ce point que je suis réservé à l'égard des deux ordonnances de la Cour. Encore que celle-ci n'a pas écarté complètement dans ses motifs la possibilité d'indiquer des mesures conservatoires, si l'on se réfère au paragraphe 43 de l'ordonnance (« quelle qu'ait été la situation avant l'adoption de [la] résolution [748 (1992)] »). Mais d'un autre côté, la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité a annihilé ces droits de la Libye, sans que l'on puisse en cette phase de mesures conservatoires, c'est-à-dire de préexamen *prima facie*, s'autoriser à trancher prématurément la question de fond concernant la validité constitutionnelle de cette résolution, de sorte qu'elle bénéficie d'une présomption de validité et qu'elle doit être tenue *prima facie* pour légale et obligatoire¹. Je suis donc sur ce second point d'accord avec la majorité de la Cour.

¹ Cela reste vrai, à moins de supposer que la résolution 748 (1992) a pour objet, ou pour effet, non pas de retirer un droit à l'Etat demandeur, mais d'empêcher la Cour elle-même de s'acquitter de la fonction judiciaire dont la Charte l'a investie, auquel cas l'on pourrait sérieusement s'interroger sur la légalité de cette résolution, même à ce stade des mesures conservatoires. Il serait en effet manifestement incompatible avec la Charte qu'un organe des Nations Unies empêche la Cour de remplir sa mission, ou la place en fait dans un état de subordination qui serait contraire au principe de la séparation et de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir exécutif au sein des Nations Unies.

28. Ainsi, et comme l'a dit la Cour, la Libye, en tant qu'Etat membre des Nations Unies, paraît tenue d'accepter et d'appliquer la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité, réputée légale et obligatoire à ce stade de la procédure, même si l'article 25 de la Charte ne perd pas de vue la question de la conformité à cette Charte (dans une rédaction d'ailleurs ambiguë qui semble peut-être imposer cette conformité pour la résolution aussi bien que pour son acceptation par les Etats membres).

29. La situation ainsi caractérisée, avec des droits méritant d'être protégés par l'indication de mesures conservatoires, mais aussitôt abolis par une résolution du Conseil de sécurité méritant d'être tenue *prima facie* pour valide, ne rentre pas complètement dans le moule de l'article 103 de la Charte; elle en déborde légèrement. Cet article qui fait prévaloir les obligations en vertu de la Charte (ici le respect par la Libye de la résolution 748 (1992)) sur les obligations « en vertu de tout accord international » (ici la convention de Montréal de 1971), d'une part vise des « obligations » alors qu'il s'agit de « droits » allégués et protégés par des mesures conservatoires dans ma perspective, et d'autre part ne vise pas les droits qui peuvent avoir une source autre que conventionnelle et être tirés du droit international général.

30. Sous réserve de cette nuance, il est clair que la Cour ne pouvait que constater cette situation et dire qu'à ce stade de la procédure un tel « conflit » réglé par l'article 103 de la Charte aboutissait en fin de compte à rendre en fait sans effet utile l'indication de mesures conservatoires. Mais le dispositif des deux ordonnances se place au seuil de toute l'opération et décide que la Cour n'a pas, compte tenu des circonstances, à *exercer son pouvoir* d'indiquer des mesures conservatoires. La nuance que j'y apporte est que le dossier de l'affaire justifiait l'exercice effectif de ce pouvoir, tout en observant que ses *effets* avaient été nullifiés par la résolution 748 (1992). Je parviens donc concrètement au même résultat que la Cour, moyennant une tout autre démarche mais aussi avec cette nuance importante qui me fait non point rejeter la demande de mesures conservatoires mais plutôt déclarer ses *effets* disparus. Par ailleurs je partage l'opinion de la majorité selon laquelle d'une part la Cour

« n'est pas habilitée à conclure définitivement sur les faits et le droit, et que sa décision doit laisser intact le droit des Parties de contester les faits et de faire valoir leurs moyens sur le fond » (par. 41)

et d'autre part qu'« une décision rendue en la présente procédure ne préjuge en rien aucune [des] question[s] [soulevées devant elle ... y compris la question relative à sa compétence pour connaître du fond] » et qu'elle « laisse intact le droit du Gouvernement libyen et celui du Gouvernement des Etats-Unis de faire valoir leurs moyens en ces matières » (par. 45).

* * *

31. Cela dit, je voudrais revenir à mon opinion selon laquelle l'indication de mesures conservatoires aurait dû s'imposer à la Cour sur la base du dossier qui lui avait été soumis, même si ses *effets* ont pu être mis en échec par la résolution 748 (1992). Il y a lieu d'ajouter qu'à supposer même que la majorité ait conçu quelque doute, que je n'ai personnellement pas, sur la capacité de l'Etat requérant à avoir rempli telle ou telle condition nécessaire à l'indication de mesures conservatoires, il restait encore à la Cour la ressource d'indiquer elle-même *proprio motu* toute mesure conservatoire qu'elle aurait jugé plus appropriée que celles qui étaient sollicitées d'elle par l'Etat requérant. C'eût été conforme non seulement à l'article 41 de son Statut et à l'article 75 de son Règlement, mais encore à sa jurisprudence également. Dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, mesures conservatoires, il avait été jugé en effet que :

« indépendamment des demandes présentées par les parties en indication de mesures conservatoires, la Cour ou, par conséquent, la Chambre dispose en vertu de l'article 41 du Statut du *pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires en vue d'empêcher l'aggravation ou l'extension du différend quand elle estime que les circonstances l'exigent* » (ordonnance du 10 janvier 1986, C.I.J. Recueil 1986, p. 9, par. 18 ; les italiques sont de moi).

32. C'est là une jurisprudence qui, au lieu de s'attacher à l'examen de chaque condition mise à l'indication de mesures conservatoires, privilégie une analyse globale des « circonstances » de l'affaire et, sur cette base, décide d'indiquer ces mesures en termes généraux d'exhortation faite à toutes les parties de ne pas aggraver ou étendre le différend. La mesure conservatoire prise ainsi en forme d'exhortation n'est nullement subordonnée à l'indication d'autres mesures conservatoires plus spécifiques. L'exhortation est une mesure indépendante et non nécessairement connexe ou liée à d'autres, de sorte qu'à supposer que la Cour aurait été fondée dans la présente affaire à considérer que telle ou telle condition fait défaut pour indiquer certaines mesures spécifiques, elle avait du moins la ressource de retenir une mesure générale indépendante en forme d'appel aux Parties à ne pas aggraver ou étendre le différend, ou encore d'exhortation à elles adressée de se rapprocher pour régler le différend de façon amiable, soit directement, soit par l'intermédiaire du Secrétariat général des Nations Unies et de celui de la Ligue arabe, comme c'est du reste ce qui se fait ces jours-ci.

33. C'est là toute la ressource largement offerte par la jurisprudence en l'affaire citée du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* et prolongée de manière intéressante par la récente jurisprudence en l'affaire du *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*. En cette dernière affaire, la Cour a d'abord rappelé sa jurisprudence des *Zones franches* conçue en ces termes :

«le règlement judiciaire des conflits internationaux, en vue duquel la Cour est instituée, n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties; ... dès lors, il appartient à la Cour de faciliter, dans toute la mesure compatible avec son Statut, pareil règlement direct et amiable...» (*Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série A n° 22, p. 13; voir aussi Différend frontalier, C.I.J. Recueil 1986, p. 577, par. 46.*)»

Puis la Cour a ajouté ce qui suit :

«en attendant une décision de la Cour sur le fond, toute négociation entre les Parties en vue de parvenir à un règlement direct et amiable serait la bienvenue» (*Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 20, par. 35.*)

34. Une indication d'une mesure conservatoire de cette nature, au vu des circonstances graves de la présente affaire, n'aurait-elle pas constitué de surcroît une façon élégante de sortir de l'impasse créée par l'opposition entre d'une part les mesures conservatoires plus spécifiques qu'aurait dû prendre la Cour sur la base des demandes de l'Etat requérant et d'autre part la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité qui en aurait de toute manière annihilé les effets? Façon élégante de contourner la difficulté majeure, mais aussi façon très profitable, pour le bien de tous, d'aider au règlement dans une direction qu'il semble effectivement prendre...

Je regrette donc que la Cour n'ait pu indiquer des mesures conservatoires ni spécifiques à la demande de l'Etat requérant, ni générales *proprio motu*, pour apporter sa propre contribution positive au règlement du différend. Je ne puis donc, en fin de compte, que voter contre les deux ordonnances.

(Signé) Mohammed BEDJAOU.