

## OPINION DISSIDENTE DE M. EL-KOSHERI

*[Traduction]*

1. Pour tout être humain, ce qui s'est produit au-dessus de Lockerbie a été un événement horrible. Il faut que les responsables soient punis et que la justice soit dûment rendue conformément aux règles de droit applicables. Pour cela, il faut établir clairement les faits dans leur séquence chronologique véritable afin de démontrer la nature et la portée de l'affaire dont la Cour internationale de Justice est saisie et de bien distinguer entre la réalité juridique et les aspects politiques qui, en vertu de la Charte des Nations Unies, sont du ressort d'un autre organe principal de l'Organisation internationale : le Conseil de sécurité.

2. Selon les pièces déposées dans la présente affaire, le premier élément factuel pertinent date du 14 novembre 1991, date à laquelle un jury de mise en accusation du tribunal fédéral de première instance du district de Columbia a prononcé une inculpation accusant deux ressortissants libyens d'avoir fait placer à bord de l'appareil assurant le vol Pan Am 103 un dispositif qui a explosé et a provoqué la perte de l'appareil au-dessus de Lockerbie, en Ecosse. Le même jour, le procureur général d'Ecosse a annoncé qu'il avait été émis des mandats d'arrestation des deux mêmes Libyens, accusés d'être impliqués dans la destruction de l'appareil assurant le vol Pan Am 103. Quatre jours plus tard, le 18 novembre 1991, les autorités libyennes ont rendu publique une déclaration indiquant que les actes d'inculpation avaient été reçus et que, conformément aux règles applicables, un juge à la cour suprême de Libye avait déjà été nommé pour enquêter sur les accusations; cette déclaration indiquait aussi, entre autres, que les instances judiciaires libyennes étaient prêtes à coopérer avec toutes les autorités légales concernées au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

3. Le 27 novembre 1991, les Gouvernements des Etats-Unis et du Royaume-Uni ont publié une déclaration commune adressée au Gouvernement libyen dans laquelle ils demandaient, entre autres, que les deux individus accusés d'être responsables de l'incident de Lockerbie soient livrés pour être jugés. Le lendemain, le 28 novembre 1991, le Gouvernement libyen a publié un communiqué dans lequel il était dit que la demande présentée par les Etats-Unis et le Royaume-Uni ferait l'objet, de la part des autorités libyennes compétentes, d'une enquête qui serait menée avec tout le sérieux voulu et de manière à respecter les principes de la légalité internationale, y compris, d'une part, les droits souverains de la Libye et, d'autre part, la nécessité de veiller à ce que justice soit faite, tant pour les accusés que pour les victimes. Dans l'intervalle, le juge d'instruction libyen a pris des mesures pour demander l'assistance des autorités du Royaume-Uni et des Etats-Unis, en offrant de se rendre dans ces pays afin de prendre connaissance des éléments de preuve et de coopérer avec ses homologues américain et britannique.

4. Ces offres ayant été rejetées explicitement et publiquement (débat parlementaire) ou bien ayant été ignorées et étant restées sans réponse, deux lettres identiques ont été adressées le 17 janvier 1992 au secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique et au secrétaire d'Etat aux affaires étrangères du Royaume-Uni. Dans ces lettres, le secrétaire du comité populaire pour les relations extérieures et la coopération internationale appelait l'attention de ses homologues sur le fait que tant la Libye que les Etats-Unis et le Royaume-Uni étaient parties à la convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, communément appelée convention de Montréal. Il indiquait ensuite que, dès que les accusations avaient été portées contre les deux intéressés, la Libye avait exercé sa juridiction à leur égard conformément au droit national libyen et à l'article 5, paragraphe 2, de la convention de Montréal. Pour cela, certaines mesures avaient été prises afin d'assurer la présence des accusés en Libye, une enquête préliminaire sur l'affaire avait été ouverte et les Etats visés à l'article 5, paragraphe 1, de la convention avaient été informés que les suspects étaient gardés à vue. Ces lettres ajoutaient que l'article 5, paragraphe 3, de la convention de Montréal n'excluait aucunement l'exercice d'une action pénale conformément au droit national et que, les auteurs présumés de l'infraction étant présents en territoire libyen, la Libye avait, conformément à l'article 5, paragraphe 2, de la convention, pris les mesures nécessaires pour établir sa propre compétence à leur égard conformément à l'article 1, paragraphe 1, alinéas *a*), *b*) et *c*), et à l'article 1, paragraphe 2. Rappelant qu'aux termes de l'article 7 l'Etat contractant sur le territoire duquel l'auteur présumé d'une infraction est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire à ses propres autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, les deux lettres indiquaient que la Libye avait déjà soumis l'affaire à ses autorités judiciaires et qu'un juge d'instruction avait été nommé. Enfin, ces lettres relevaient que la coopération des autorités judiciaires des Etats-Unis et du Royaume-Uni avait été demandée, mais qu'il n'y avait pas eu de réponse officielle à ces demandes. Au lieu de cela, le Royaume-Uni et les Etats-Unis avaient menacé la Libye, sans exclure l'usage de la force armée.

5. Dans ces circonstances, et tenant compte des dispositions de l'article 33, paragraphe 1, de la Charte des Nations Unies, la Libye a demandé aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, par ses lettres du 17 janvier 1992, de donner leur accord pour que le différend soit soumis à un arbitrage conformément à l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal, et de se réunir avec le représentant de la Libye le plus tôt possible pour élaborer les détails d'un tel arbitrage (la traduction du texte original arabe de ces lettres figure dans le document S/23441 du Conseil de sécurité, comme annexe à la lettre du 18 janvier 1992 par laquelle le représentant permanent de la Libye a demandé au Président du Conseil de sécurité de faire distribuer lesdites lettres en corrélation avec les demandes de la Libye tendant à l'application de l'article 14 de la convention de Montréal).

6. Cette récapitulation factuelle de la correspondance échangée entre

le 14 novembre 1991 et le 18 janvier 1992 démontre indubitablement qu'avant l'adoption de la résolution 731 (1992) du Conseil de sécurité la Libye avait non seulement invoqué la nécessité de faire arbitrer un différend relatif à l'application et à l'interprétation de la convention de Montréal conformément à l'article 14, paragraphe 1, de celle-ci, mais avait aussi informé le Conseil de sécurité de l'existence de ce différend conformément à l'article 33, paragraphe 1 (du chapitre VI), de la Charte aux termes duquel :

« Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix. »

7. Le différend mentionné dans les deux lettres du 17 janvier 1992 est exactement celui qui est maintenant devant la Cour, laquelle, en vertu de l'article 92 de la Charte des Nations Unies, est « l'organe judiciaire principal des Nations Unies » et exerce ainsi une fonction fondamentalement différente, par sa nature et dans son mode d'action, de celle que l'article 24 de la Charte confère au Conseil de sécurité. Essentiellement, celui-ci est chargé de « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales » (art. 24, par. 1) et à cet égard il « agit conformément aux buts et principes des Nations Unies » (art. 24, par. 2, qui fait ainsi nécessairement référence au chapitre I, intitulé « Buts et principes », art. 1 et 2).

8. Par conséquent, une distinction fondamentale doit être faite entre le « différend » de caractère juridique invoqué par la Libye et porté par elle devant la Cour en la présente instance, introduite le 3 mars 1992, et les problèmes politiques liés aux actes de terrorisme soutenus par des Etats, communément appelés « terrorisme d'Etat » (pour préciser le sens de l'expression « terrorisme d'Etat », M. Gilbert Guillaume a très bien dit que cela signifie en général : « la violence organisée par l'Etat lui-même, selon ses propres normes de droit, en vue de faire régner la terreur sur son territoire » (*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, t. 215 (1989-III), p. 297), en marquant une distinction entre ce type d'activité illicite et « le soutien apporté par les Etats aux activités terroristes » (*ibid.*, p. 299)). L'action visant à éliminer toutes les formes de terrorisme, qu'elles soient le fait de particuliers ou de groupes, ou qu'il s'agisse de terrorisme d'Etat ou de terrorisme soutenu par des Etats, relève nécessairement des fonctions et des pouvoirs du Conseil de sécurité. Ainsi, les résolutions du Conseil de sécurité 731 (1992) du 21 janvier 1992 et 748 (1992) adoptée le 31 mars 1992 visaient principalement à enquêter sur l'implication possible de la Libye dans le soutien d'activités terroristes telles que celles qui avaient conduit à la destruction de l'appareil de la Pan Am au-dessus de l'Ecosse en 1988 et de celui de l'UTA au-dessus du Niger en 1989.

9. Manifestement, l'instance introduite par la Libye auprès du Greffe de la Cour le 3 mars 1992 a trait à des « questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 », à des questions juridiques en rapport avec l'incident aérien de Lockerbie, et c'est la seule question portée devant la Cour, puisque les deux Etats défendeurs (les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni) n'ont pas présenté de demandes reconventionnelles en rapport avec les allégations selon lesquelles le Gouvernement libyen aurait donné des instructions aux deux suspects ou les aurait aidés et avec la responsabilité d'Etat qui en résulterait. Le simple fait que les deux suspects sont fonctionnaires en Libye ne fait pas d'eux automatiquement des « organes » ou des « agents » dont les actes engageraient *ipso facto* la responsabilité internationale du Gouvernement libyen. Pour établir une telle responsabilité d'un point de vue juridique, il faut apporter des preuves suffisantes :

*premièrement* : que les deux suspects étaient vraiment les auteurs de cet horrible massacre; et,  
*deuxièmement* : qu'ils ont commis leur crime sur les ordres de leurs supérieurs dans la hiérarchie de l'Etat, ou du moins au su de ces personnes et avec leur acquiescement.

Alors seulement l'activité criminelle en question pourrait être imputée juridiquement au Gouvernement libyen et la responsabilité de cet Etat pourrait être établie. Autrement dit, à moins que les deux conditions fondamentales indiquées ci-dessus ne soient remplies, l'implication du Gouvernement libyen demeure une allégation sans effet juridique, et il peut toujours exister un certain doute au sujet soit de la culpabilité des deux suspects, soit de l'implication du Gouvernement libyen (puisque les personnes suspectées pourraient, quels que soient leurs motifs, avoir agi de leur propre initiative).

\* \* \*

10. Compte tenu des prémisses juridiques fondamentales rappelées ci-dessus, il convient d'analyser soigneusement l'effet des résolutions 731 (1992) et 748 (1992) du Conseil de sécurité sur la présente instance.

11. En ce qui concerne la résolution 731, adoptée le 21 janvier 1992, son libellé et le débat qui a eu lieu lors de son adoption (voir le document S/PV.3033) montrent qu'elle constitue, en vertu du chapitre VII, une « recommandation » au titre de l'article 39 de la Charte, c'est-à-dire qu'elle se rapporte au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

12. Le texte de la résolution elle-même, et les interventions de ceux qui ont participé au débat, reflètent clairement une préoccupation unanime, générale et profonde devant « la persistance, dans le monde entier, d'actes de terrorisme international sous toutes ses formes », notamment « les agissements illicites dirigés contre l'aviation civile internationale », ainsi que la détermination du Conseil de sécurité d'« éliminer le terrorisme international ». S'agissant plus particulièrement des attentats contre les vols

Pan Am 103 et UTA 772, le Conseil se déclare profondément préoccupé « par ce qui résulte des enquêtes impliquant des fonctionnaires du Gouvernement libyen », et après avoir déploré vivement « le fait que le Gouvernement n'ait pas répondu effectivement à ce jour aux demandes ci-dessus [de la France, du Royaume-Uni et des Etats-Unis d'Amérique] de coopérer pleinement pour l'établissement des responsabilités dans les actes terroristes » en question, le Conseil, dans un paragraphe décisif :

« 3. *Demande instamment* aux autorités libyennes d'apporter immédiatement une réponse complète et effective à ces demandes afin de contribuer à l'élimination du terrorisme international. »

13. En agissant ainsi, le Conseil de sécurité condamne politiquement le Gouvernement libyen de deux manières :

- i) en faisant siennes les demandes des trois grandes puissances, qui comprenaient, pour deux d'entre elles, l'exigence que les deux suspects libyens soient livrés ;
- ii) en considérant qu'une réponse complète et effective à ces demandes contribuerait à l'élimination du terrorisme international et conduirait ainsi au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales.

14. En même temps, le Conseil de sécurité n'a accordé aucune attention à la proposition de la Libye relative au règlement pacifique, dans le cadre du chapitre VI, du différend déjà existant au sujet de l'application et de l'interprétation de la convention de Montréal, dont le Président du Conseil de sécurité avait, comme on l'a vu, été informé le 18 janvier 1992. Le représentant de la Libye a exposé de nouveau la position de son pays à cet égard au cours de la séance que le Conseil de sécurité a tenue le 21 janvier. Il a déclaré ce qui suit :

« Je répète que l'enquête menée en Libye n'a malheureusement pas progressé faute de coopération de la part des autres parties et à cause de leur refus de nous communiquer les dossiers de leur enquête. En termes pratiques, cela ne peut signifier que deux choses : soit qu'aucune enquête n'a été réellement menée, soit, comme nous l'avons signalé, qu'il est flagrant que l'enquête était insatisfaisante.

Je voudrais déclarer, un fois de plus, qu'il s'agit là d'un différend de nature purement juridique qui devrait amener le Conseil de sécurité à recommander qu'il soit réglé par les diverses voies juridiques disponibles, non seulement dans le cadre de la Charte des Nations Unies, mais aussi dans celui des dispositions de conventions internationales plus pertinentes, telles que la convention de Montréal de 1971 que j'ai évoquée précédemment. Sur la base de cette convention et, en particulier, de son article 14, et afin de régler la question soulevée relative au conflit de compétence, mon pays a pris des mesures concrètes et pratiques et a demandé, dans des communications officielles adressées aussi bien aux Etats-Unis d'Amérique qu'au Royaume-Uni, de soumettre le différend à l'arbitrage. Aujourd'hui,

devant le Conseil, mon pays demande que ces deux pays soient invités à ouvrir sans tarder des négociations avec la Libye sur la procédure à suivre en vue de l'arbitrage et de la constitution d'un jury d'arbitrage. Pour permettre un règlement rapide du différend, nous estimons qu'une date limite proche et définitive doit être fixée pour ces procédures, après quoi, si aucun accord n'intervient quant à l'arbitrage, la question pourrait être renvoyée devant la Cour internationale de Justice.

Mon pays est disposé à conclure immédiatement, avec toutes les parties intéressées, un accord de circonstance visant à saisir la Cour internationale de Justice dès l'expiration du court délai fixé pour conclure un accord en vue de l'arbitrage, ou à n'importe quelle autre date proche et appropriée, si les pays intéressés acceptent d'aller au-delà du stade de l'arbitrage et des délibérations d'un jury d'arbitrage.

Ceci étant, comment peut-on considérer ce différend comme un différend politique? Nous ne pensons pas qu'il le soit, puisque la Charte indique également, dans son chapitre VI, les moyens concrets de parvenir à un règlement pacifique des différends. Le Conseil s'est inspiré de ces méthodes précédemment. La question ne devrait pas être réglée autrement qu'à la lumière des considérations énoncées dans la Charte. La Libye n'a jamais menacé un quelconque pays. Elle ne peut se comporter de manière à compromettre la paix et la sécurité. En réalité, c'est la Libye qui est menacée par des superpuissances, tout comme elle a fait l'objet d'une agression armée en 1986. La Libye continue d'être assujettie à un boycottage économique, à des campagnes de désinformation et à des pressions psychologiques.

Je dirai pour terminer que la légalité des travaux de ce Conseil est fonction de son respect des dispositions de la Charte de l'Organisation et de l'application appropriée de ces dispositions. Il est inconcevable de mettre ce principe en application si les parties à ce différend participent au vote sur ce projet de résolution. Ignorer la nature juridique du conflit et le traiter comme une affaire politique constitueraient une violation flagrante des dispositions explicites du paragraphe 3 de l'article 27 de la Charte.

Le Conseil est en présence de deux choix: il peut respecter la Charte et se conformer aux principes moraux et au droit international, ou il peut se plier aux exigences injustes des Etats-Unis d'Amérique et du Royaume-Uni qui cherchent à utiliser le Conseil pour couvrir une agression militaire et économique contre un petit pays en lutte pour se libérer de son retard économique. Nous sommes persuadés que les membres du Conseil et, en fait, tous les Membres de l'Organisation des Nations Unies défendront les principes énoncés dans la Charte et le droit international et respecteront les principes de justice et d'équité que mon pays demande de respecter et d'appliquer. » (Procès-verbal provisoire de la séance du Conseil de sécurité tenue le 21 janvier 1992, doc. S/PV.3033, p. 22-25.)

15. Le fait que le Conseil de sécurité se soit abstenu de traiter les aspects juridiques du problème avant l'adoption de la résolution 731 (1992) pourrait avoir diverses explications, y compris le désir d'exclure le recours à l'article 27, paragraphe 3, de la Charte, qui aurait empêché les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni de participer au vote, puisque « dans les décisions prises aux termes du chapitre VI ... une partie à un différend s'abstient de voter », ou simplement le souci de rester sur le terrain politique sans aborder les questions juridiques soulevées par la Libye, puisque celles-ci relevaient logiquement de la compétence de la Cour internationale de Justice.

16. Quelles qu'aient pu être les raisons, il est clair que la question de l'application et de l'interprétation de la convention de Montréal a été laissée hors du champ d'application de la résolution 731 (1992). Par conséquent, lorsque la Libye s'est trouvée en face d'une attitude continuellement négative bloquant la perspective de négociations avec les Etats-Unis d'Amérique et le Royaume-Uni, et en vue soit d'un règlement amiable soit de la conclusion d'un accord d'arbitrage, comme cela est prévu par l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal, elle n'avait d'autre choix que de s'adresser à la Cour internationale de Justice en application de cette même disposition. Ce faisant, le Gouvernement libyen a régulièrement exercé un droit et ne saurait être blâmé d'avoir agi de cette manière. Il est depuis longtemps établi que le recours unilatéral à la juridiction de la Cour ne doit jamais être considéré comme un acte inamical, comme en témoigne la déclaration faite par l'Institut de droit international en 1959 selon laquelle « le recours à la Cour internationale de Justice ou à une autre instance judiciaire ou arbitrale ne saurait en aucun cas être considéré comme un acte peu amical vis-à-vis de l'Etat défendeur » (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 48-II, 1959, p. 359) ou encore le paragraphe 6 de la résolution 3232 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies en date du 12 novembre 1974, aux termes duquel : « le recours à un règlement judiciaire des différends juridiques, particulièrement le renvoi à la Cour internationale de Justice, ne devrait pas être considéré comme un acte d'inimitié entre Etats ».

17. Il est d'ailleurs arrivé maintes fois que les aspects juridiques d'un différend aient été soumis à la Cour internationale de Justice avec une demande en indication de mesures conservatoires malgré le fait que les organes politiques des Nations Unies étaient saisis d'autres aspects du même différend (*Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1951*, p. 89-98; *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran (Etats-Unis d'Amérique c. Iran), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1979*, p. 7-21; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1984*, p. 169-207; *Plateau continental de la mer Egée (Grèce c. Turquie), mesures conservatoires, C.I.J. Recueil 1976*, p. 3-40).

18. C'est cette coexistence parallèle qui avait permis à M. Petrén de souligner : « La distribution naturelle des rôles entre l'organe judiciaire

principal et les organes politiques des Nations Unies...» (Opinion individuelle jointe à l'avis consultatif du 12 juin 1971 concernant les *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. 127.) Aucun chevauchement ne saurait normalement être envisagé, tant que le critère de démarcation fondamental demeure celui qui a été explicitement énoncé par la Cour dans le même avis consultatif :

«la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies ... ne se prononce que sur la base du droit, indépendamment de toute influence ou de toute intervention de la part de quiconque ... Une cour, remplissant une fonction de cour de justice, ne saurait agir d'une autre manière.» (*Ibid.*, p. 23, par. 29.)

19. Cependant, l'apparition sur la scène de la nouvelle résolution du Conseil de sécurité, la résolution 748 (1992), le 31 mars 1992, trois jours à peine après la clôture des audiences sur la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la Libye, est sans précédent et soulève un problème important quant à ses incidences sur la présente instance.

20. Dans sa résolution 748 (1992), le Conseil a non seulement réaffirmé sa résolution 731 (1992) du 12 janvier 1992, mais a ajouté, entre autres, que :

«le défaut de la part du Gouvernement libyen de démontrer, par des actes concrets, sa renonciation au terrorisme et, en particulier, son manquement continu à répondre de manière complète et effective aux requêtes contenues dans la résolution 731 (1992) constituent une menace pour la paix et la sécurité internationales».

21. Agissant en vertu du chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité a décidé 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», faute de quoi les sanctions prévues aux paragraphes 4, 5 et 6 prendraient effet le 15 avril 1992.

22. La résolution 748 (1992) du 31 mars 1992 entre évidemment dans la catégorie des décisions qui relèvent du chapitre VII, lesquelles ont, en règle générale, un caractère obligatoire, en ce sens que le fait de ne pas s'y conformer est considéré comme une menace pour la paix et crée de nouvelles obligations pour toutes les parties concernées.

23. Il faut observer néanmoins que des auteurs qui font autorité soutiennent que les Membres des Nations Unies ne sont pas «obligés» d'appliquer toutes les décisions du Conseil de sécurité. Dans son analyse de l'article 25 de la Charte, Hans Kelsen a écrit ceci :

«Il semblerait toutefois que l'article 25 ne signifie pas que les Membres soient obligés d'appliquer toutes les décisions du Conseil de sécurité puisque, aux termes de cet article, ils conviennent

d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité « conformément à la présente Charte. » (Hans Kelsen, *The Law of the United Nations — A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, Londres, 1950, p. 95.)

« Le sens de l'article 25 est que les Membres sont obligés d'appliquer les décisions que le Conseil de sécurité a prises conformément à la Charte. » (*Ibid.*)

« Le terme « décision » peut être interprété comme signifiant ... seulement les décisions qui, selon les dispositions de la Charte en vertu desquelles elles sont adoptées, sont obligatoires pour les Membres. » (*Ibid.*, p. 293.)

24. La jurisprudence de la Cour et les opinions exprimées par un certain nombre de juges viennent étayer cette conception. On se rappelle qu'à propos de l'avis consultatif précité relatif à la Namibie les Gouvernements de l'Afrique du Sud et de la France avaient objecté que tant l'Assemblée générale que le Conseil de sécurité avaient commis un excès de pouvoir en agissant *ultra vires* dans l'affaire de la Namibie. A cet égard, la Cour a dit que :

« Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit. ... Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et puisque des objections ont été formulées, la Cour examinera ces objections dans son exposé des motifs, avant de se prononcer sur les conséquences juridiques découlant de ces résolutions. » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 45, par. 89.)

25. En effet, la Cour a exercé dans cette affaire l'importante fonction qui consiste à s'assurer que la résolution en question avait été prise conformément aux règles de la Charte et, ayant procédé à cette vérification, elle a déclaré que :

« Pour examiner l'acte ainsi accompli par l'Assemblée générale, il convient de tenir compte des principes généraux de droit international... » (*Ibid.*, p. 46, par. 94.)

« La Cour en conclut que les décisions prises par le Conseil de sécurité aux paragraphes 2 et 5 de la résolution 276 (1970), rapprochées du paragraphe 3 de la résolution 264 (1969) et du paragraphe 5 de la résolution 269 (1969), ont été adoptées conformément aux buts et principes de la Charte et à ses articles 24 et 25. Elles sont par conséquent obligatoires pour tous les Etats Membres des Nations Unies, qui sont ainsi tenus de les accepter et de les appliquer. » (*Ibid.*, p. 53, par. 115.)

26. En entreprenant ce genre d'examen juridique pour s'assurer de la conformité des décisions du Conseil de sécurité ou de certains de leurs éléments, non seulement avec les règles consacrées dans les dispositions de la Charte mais aussi avec « les buts et principes de la Charte », la Cour a

laissé entendre qu'il était tout à fait concevable qu'elle puisse parvenir à une décision négative si elle décelait une quelconque violation de la Charte ou un écart par rapport aux buts et principes de ladite Charte.

27. En outre, faisant allusion à la résolution 171 (II) de l'Assemblée générale en date du 14 novembre 1947, dans laquelle l'Assemblée avait recommandé le renvoi à la Cour des points de droit « relatifs à l'interprétation de la Charte », M. Gros a déclaré dans son opinion dissidente qu'« il eût semblé particulièrement opportun d'exercer sans ambiguïté le pouvoir de la Cour d'interpréter la Charte... » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 332, par. 19); et que :

« Ce n'était pas l'habitude de la Cour de tenir pour acquise les prémisses d'une situation juridique dont on lui demandait de dire les conséquences ... Comment, en effet, un juge peut-il déduire une obligation d'une situation quelconque sans avoir d'abord éclairci la question de la légalité des origines de cette situation? » (*Ibid.*, p. 331-332, par. 18.)

28. L'examen des opinions exprimées dans cette affaire par d'autres juges montre que beaucoup d'entre eux ont tenu à marquer leur profond attachement au droit de s'assurer que la Cour exerce sa fonction de gardienne de la légalité dans l'ensemble du système des Nations Unies.

29. Dans son opinion individuelle, M. Ammoun a souligné que :

« la Cour internationale de Justice se devait de remplir [ses propres obligations] en ne fermant pas les yeux sur des agissements affectant les principes et les droits dont la défense lui incombe » (*ibid.*, p. 72, par. 3).

30. M. Petrén a déclaré aussi dans son opinion individuelle :

« Tant que la validité des résolutions sur lesquelles se fonde la résolution 276 (1970) n'est pas établie, il est évidemment impossible que la Cour se prononce sur les conséquences juridiques de la résolution 276 (1970), car il ne peut y avoir de telles conséquences juridiques si les résolutions de base sont illégales... » (*Ibid.*, p. 131.)

Dans une autre opinion individuelle, M. Onyeama a dit ceci :

« Dans l'exercice de ses fonctions, la Cour est pleinement indépendante des autres organes des Nations Unies; elle n'est nullement tenue d'émettre un arrêt ou un avis qui soit « politiquement acceptable »; ce n'est pas là son rôle. Sa mission, pour reprendre les termes de l'article 38 du Statut, est de se prononcer « conformément au droit international ».

.....  
 lorsque ... les décisions ... intéressent une affaire dont la Cour est dûment saisie, et lorsqu'il est impossible de rendre un arrêt ou un avis

bien fondé sans examiner la validité de ces décisions, la Cour ne peut éviter cet examen sans abdiquer son rôle d'organe judiciaire.

Je ne vois pas qu'il soit compatible avec la fonction judiciaire de la Cour d'énoncer les conséquences d'actes dont la validité serait tenue pour acquise, sans que la Cour se soit assurée elle-même de leur origine licite.» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 143-144.)

31. En réponse à une question sur le pouvoir de la Cour de statuer sur l'invalidité ou la nullité de résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité, et en se référant à une déclaration de M. Morelli dans une affaire précédente (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 223) concernant une résolution qui serait entachée d'excès de pouvoir évident, M. de Castro a évoqué le jeu de deux principes :

« 1. Le principe de la division des pouvoirs. — La Charte a établi trois organes dotés chacun de pouvoirs souverains dans la sphère de sa compétence...

2. Le principe de la juridicité. — La Cour comme organe juridique ne peut pas collaborer à une résolution manifestement nulle, contraire aux règles de la Charte ou aux principes du droit.» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 180.)

32. Enfin, dans son opinion dissidente, sir Gerald Fitzmaurice a donné une analyse approfondie des diverses considérations en cause, que l'on peut résumer de la manière suivante :

- i) le Conseil de sécurité, même s'il agit véritablement pour préserver ou rétablir la paix et la sécurité, voit son champ d'action limité par la souveraineté de l'Etat et les droits fondamentaux sans lesquels cette souveraineté ne peut s'exercer (*ibid.*, p. 226);
- ii) les circonstances pertinentes suffisaient pour rendre la résolution 2145 nulle et sans effet (*ibid.*, p. 280, par. 91);
- iii) l'article 25 ne saurait rendre obligatoire une décision qui n'est pas prise « conformément à la présente Charte » (*ibid.*, p. 293, par. 113);
- iv) même quand il agit en vertu du chapitre VII de la Charte, le Conseil de sécurité n'a le pouvoir ni d'abroger ni de modifier des règles existantes (*ibid.*, p. 294, par. 115);
- v) l'Organisation des Nations Unies (avec tous ses organes, y compris le Conseil de sécurité) est elle-même un sujet du droit international et n'est pas moins soumise à ce droit que les Etats Membres pris individuellement (*ibid.*, p. 294, par. 115);
- vi) un organe politique n'a pas le pouvoir de procéder aux constatations juridiques qui doivent justifier chaque action. Seul possède ce pouvoir un organe juridique compétent pour procéder à ces constatations, faute de quoi il peut arriver qu'une résolution doive être considérée comme procédant d'un excès de pouvoir et comme étant, de ce fait, sans valeur juridique (*ibid.*, p. 299-301).

33. A la lumière des déclarations émanant des autorités précitées, il est possible de considérer que lorsqu'il a adopté le paragraphe 1 de la résolution 748 (1992) le Conseil de sécurité a fait obstacle au pouvoir de la Cour d'exercer librement la fonction judiciaire qui est la sienne à l'égard de questions sur lesquelles elle avait entendu les Parties quelques jours auparavant, et qu'en agissant ainsi le Conseil de sécurité a commis un excès de pouvoir qui constitue une violation de l'article 92 de la Charte, lequel a confié à la Cour internationale de Justice la mission d'être « l'organe judiciaire principal des Nations Unies ».

34. Pour s'acquitter valablement de sa fonction principale, la Cour doit avoir toute liberté d'exercer ses pouvoirs de décision judiciaire et de former sa propre opinion sur les points soumis à son examen, sans aucune limite.

35. Comme l'a bien dit M. Morelli :

« Toute limitation ... serait inadmissible parce qu'elle empêcherait la Cour de remplir sa tâche d'une façon logiquement correcte...

.....  
 Mais une telle liberté ne peut être entendue que comme liberté subordonnée, non seulement aux règles du droit et de la logique par lesquelles la Cour est liée, mais aussi au but que la Cour doit poursuivre et qui consiste dans la solution à donner à la question qui lui est soumise. » (*Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, opinion individuelle, p. 217-218.*)

36. Le caractère *ultra vires* du paragraphe 1 de la résolution 748 (1992) semble plus grave encore si l'on considère qu'un certain nombre de représentants, à la séance du Conseil de sécurité du 31 mai 1992, ont mis en garde ceux qui poussaient à l'adoption hâtive du projet à l'examen contre les effets néfastes d'un tel manque de respect pour la crédibilité de la Cour et l'intégrité de sa fonction judiciaire.

37. D'après le procès-verbal provisoire, M. Jesus, du Cap-Vert, a formulé cette observation :

« Il serait plus approprié que le Conseil prenne une décision une fois que la Cour internationale de Justice — qui est désormais saisie de cette question — aura statué... » (Doc. S/PV.3063, p. 46.)

38. Le président pour le mois d'avril, M. Mumbengegwi (Zimbabwe), a rappelé au Conseil ce qui suit :

« La Charte stipule que les différends d'ordre juridique devraient, d'une manière générale, être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice...

En optant pour le recours au chapitre VII, alors que l'affaire est pendante devant la Cour internationale, le Conseil de sécurité risque une crise institutionnelle grave. Pareille crise, qui est clairement évitable, risque de saper non seulement le prestige, la crédibilité et

l'intégrité de l'Organisation tout entière, mais la confiance de la communauté internationale dans la capacité du Conseil à accomplir, d'une manière judicieuse et objective, son mandat tel que prévu dans la Charte. Nous sommes convaincus qu'il aurait mieux valu pour la procédure institutionnelle que le Conseil attende le résultat de la procédure judiciaire menée à la Cour internationale de Justice.» (Doc. S/PV.3063, p. 52.)

39. Le représentant de l'Inde, M. Gharekhan, parmi d'autres, a mis l'accent sur cette idée :

«l'opinion avisée de la Cour internationale de Justice sur les dimensions juridiques des questions en jeu ne peut que servir la cause de la paix et du droit internationaux» (*ibid.*, p. 57).

40. Il est clair qu'en définitive ces sages conseils s'inspiraient du respect dû à la Charte des Nations Unies, tant dans sa lettre que dans son esprit ; malheureusement, l'appel en faveur de la primauté « du droit » n'a pas été écouté dans l'émotion et sous les pressions politiques du moment.

41. Il aurait mieux valu, pour éviter la situation actuelle, que certains membres du Conseil de sécurité s'inspirent du précédent que le Conseil de la Société des Nations a établi quand, se déclarant hors d'état d'accueillir une pétition car la Cour permanente de Justice internationale était saisie de l'affaire, il a différé l'examen de la question jusqu'à la décision de la Cour en l'affaire des *Ecoles minoritaires* (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. I, Leyde, 1965, p. 83).

42. Nul doute la Cour, organe judiciaire principal des Nations Unies, n'était pas elle-même la cible de la hâte du Conseil ; l'adoption de la résolution 748 (1992) sans attendre la décision de la Cour sur la demande en indication de mesures conservatoires semble avoir eu plutôt pour but d'exercer la pression la plus forte possible sur la Libye afin qu'elle renonce à invoquer des droits souverains en vertu de l'article 1, paragraphe 2, de l'article 2, paragraphe 7, et de l'article 55 de la Charte. Or, l'Organisation tout entière est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres, et l'exercice de la compétence nationale dans des domaines tels que l'extradition impose à tous les autres Etats, ainsi qu'aux organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, l'obligation de respecter de tels droits naturels, à moins que la Cour ne décide qu'un tel exercice est contraire au droit international, coutumier ou conventionnel.

43. Il importe de se souvenir, à cet égard, de ce qu'a déclaré Max Huber, ancien Président de la Cour permanente de Justice internationale, alors qu'il était arbitre unique en l'affaire de l'*Ile de Palmas* :

«La souveraineté dans les relations entre Etats signifie l'indépendance. L'indépendance relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques.» (Myres McDougal et Michael Reisman, *International Law in*

*Contemporary Perspective; the Public Order of World Community: Cases and Materials*, Mineola, New York, Foundation Press, 1981.)

44. A l'appui de ce même concept fondamental de la souveraineté que protège la Charte des Nations Unies, les tribunaux des Etats-Unis ont jugé ce qui suit :

« Le droit d'une puissance étrangère de réclamer l'extradition d'une personne accusée d'un crime et l'obligation corrélative de livrer l'intéressé n'existent que quand un traité les a établis et, aux Etats-Unis, en l'absence d'une disposition législative ou conventionnelle à cet effet, aucune branche du gouvernement n'a le pouvoir de livrer un délinquant en fuite à un gouvernement étranger. » (*Ramos v. Diaz*, 179 F.Supp.459 (S.D. Fla. 1959), reproduit par McDougal et Reisman, *op. cit.*, p. 1498.)

45. De plus, dans l'affaire du *Droit d'asile*, la Cour a déclaré avec une grande insistance : « Une décision relative à l'extradition implique seulement l'exercice normal de la souveraineté territoriale. » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 274.)

46. Il serait difficile de croire qu'en droit international contemporain les droits d'un fugitif étranger soient mieux protégés que ceux d'un citoyen accusé, ou que ce qui constitue un acte licite du Gouvernement des Etats-Unis devienne un acte illicite quand il s'agit du Gouvernement libyen, à moins que nous ne soyons censés vivre dans *La ferme des animaux* d'Orwell, où certains animaux sont plus égaux que d'autres.

47. Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, je suis d'avis, avec tout le respect voulu, que l'on ne doit attribuer au paragraphe 1 de la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité aucun effet juridique sur la compétence de la Cour, même *prima facie*, et que la demande libyenne en indication de mesures conservatoires doit donc être appréciée selon les modalités habituelles, telles qu'elles se reflètent dans la jurisprudence établie de la Cour.

\* \* \*

48. Sans entrer dans une analyse détaillée de tous les précédents concernant l'octroi ou le refus de mesures conservatoires et des circonstances pertinentes qui ont incité la Cour à agir d'une manière ou de l'autre, il semble suffire, dans le présent contexte, de mentionner essentiellement les règles appliquées dans les affaires les plus récentes qui ont donné lieu à l'examen d'une demande en indication de mesures conservatoires.

49. Sur la base de l'article 41 du Statut, la Cour peut exercer son pouvoir indépendant d'indiquer des mesures conservatoires si elle estime établi que « les dispositions invoquées par le demandeur semblent *prima*

*facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour [sur le fond] pourrait être fondée » (*Passage par le Grand-Belt, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991*, p. 15, par. 14).

50. Conformément à ladite règle établie, je suis persuadé que les dispositions de l'article 14, paragraphe 1, de la convention de Montréal invoquées par le demandeur semblent *prima facie* constituer une base sur laquelle la compétence de la Cour pourrait être fondée. Ici, la base de compétence est manifestement plus solide qu'en l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.* qui a abouti à l'ordonnance du 5 juillet 1951 indiquant des mesures conservatoires (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 93-94), sans apporter une justification aussi directe qu'en l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, à propos de laquelle la Cour a adopté l'ordonnance du 15 décembre 1979 (*C.I.J. Recueil 1979*, p. 14-15).

51. Quant à savoir s'il existe, entre le demandeur et le défendeur, un différend concernant « l'interprétation ou l'application » de la convention de Montréal de 1971, je suis tenu de faire cette observation : si l'on applique le critère défini à l'unanimité par la Cour dans l'avis consultatif sur l'*Applicabilité de l'obligation d'arbitrage en vertu de la section 21 de l'accord du 26 juin 1947 relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies* (*C.I.J. Recueil 1988*, p. 32, par. 49) et si l'on considère l'ample divergence d'opinions entre les Parties, telle qu'elle s'est manifestée lors de la procédure orale, on ne saurait avoir le moindre doute qu'il existe bien un différend touchant la portée, l'applicabilité et l'interprétation de diverses dispositions de la convention de Montréal.

52. Dans la phase actuelle de la procédure, les Parties ont soulevé un certain nombre de problèmes en ce qui concerne la réponse à différentes questions, à savoir : le différend peut-il « être réglé par voie de négociation », y a-t-il eu rejet d'une offre libyenne visant à soumettre le différend à l'arbitrage, et quels pourraient être les effets juridiques du délai de six mois envisagé dans le paragraphe 1 de l'article 14 de la convention de Montréal ?

53. Ayant présent à l'esprit la célèbre déclaration de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 13) ainsi que l'ordonnance de la Cour dans l'affaire concernant le *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran* (*C.I.J. Recueil 1979*, p. 32-34, par. 52-56), et tenant compte de toutes les circonstances pertinentes telles qu'elles ressortent des documents soumis par les Parties, je considère comme légitime de conclure qu'à aucun moment, soit avant d'avoir saisi le Conseil de sécurité, soit après l'avoir saisi, les Etats-Unis et le Royaume-Uni n'étaient intéressés à régler le différend par voie de négociation ou d'arbitrage. Il n'a été tenu aucun compte des notes de la Libye en date du 8 janvier et du 17 janvier 1992, ce qui, en pratique, rendait ces deux moyens de règlement pacifique inutiles et inopérants. Dans ces conditions, il n'y avait pas de raison sérieuse d'attendre que soit écoulé le délai de six mois, alors qu'en particulier, étant donné la manière dont est libellé le paragraphe 1 de

l'article 14 de la convention de Montréal (« within » dans le texte anglais et « dans » dans le texte français), il ne ressort pas clairement du contexte que cet élément temporel constitue une condition obligatoire interdisant le recours à la Cour avant l'expiration de ce délai.

54. Selon l'article 41 du Statut, lorsque la Cour « estime que les circonstances l'exigent », elle a le pouvoir d'indiquer quelles mesures conservatoires doivent être prises. La jurisprudence établie de la Cour pour ce qui est des incidences de ce membre de phrase a été formulée récemment dans les termes suivants :

« Considérant que le pouvoir d'indiquer des mesures conservatoires conféré à la Cour par l'article 41 de son Statut a pour objet de sauvegarder le droit de chacune des parties en attendant que la Cour rende sa décision, et présuppose qu'un préjudice irréparable ne doit pas être causé aux droits en litige dans une procédure judiciaire » (*Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, C.I.J. Recueil 1991, p. 16, par. 16).

55. Sans entrer dans des détails qui sont actuellement inutiles étant donné l'ordonnance rendue par la Cour, je dirai qu'au nombre des principes sous-jacents à l'adoption de la convention de Montréal figure la règle *aut dedere aut judicare* (ou *aut dedere aut punire*, selon le cas, compte tenu du stade où en est l'affaire, comme l'a expliqué M. Guillaume lors du cours qu'il a donné à l'Académie de droit international de La Haye, *RCADI, op. cit.*, chap. IV, p. 354-371). La règle en question implique nécessairement confirmation du principe profondément enraciné du droit international général selon lequel aucun Etat ne peut être obligé d'extrader quiconque, en particulier ses propres citoyens, s'il n'existe pas un traité prévoyant explicitement cette extradition. En particulier, les dispositions de l'article 7, considérées conjointement avec celles de l'article 8, paragraphe 2, de la convention de Montréal donnent à tout Etat contractant le droit de refuser l'extradition dans tous les cas non assujettis à un traité d'extradition existant. Cela a été confirmé, du fait de l'approbation donnée par plus de cent trente Etats contractants, comme un droit souverain reconnu par le droit international public général. En conséquence, la convention de Montréal interdit de considérer un Etat ou groupe d'Etats comme ayant le droit de forcer un autre Etat à extradier quiconque, et cela est applicable en particulier pour ce qui est des propres citoyens de cet autre Etat lorsque leur extradition est interdite en vertu du système juridique interne dudit Etat.

56. Ni les Etats-Unis ni le Royaume-Uni ne jouissent à cet égard d'un droit autre que ceux dont jouissent tous les autres Etats contractants, y compris la Libye : il s'ensuit que, si l'un ou l'autre des deux pays se trouve à l'avenir dans une situation semblable, situation où une demande d'extradition serait adressée aux autorités du pays, la même règle *aut dedere aut judicare* sera applicable. En d'autres termes, aucun préjudice irréparable ne pourrait être causé aux droits conventionnels acquis par les Parties respectives à la présente procédure si la règle *aut dedere aut judicare* est

pleinement appliquée. En revanche, la Libye subira un préjudice irréparable si elle est forcée de livrer à un autre Etat ses propres citoyens, car le droit souverain qui est reconnu à l'Etat par la convention de Montréal serait alors totalement éclipsé et anéanti. La Cour ne pourrait remédier à aucun stade ultérieur à une telle privation de souveraineté subie par l'Etat, et cela est une preuve certaine du caractère irréparable du préjudice. En un mot, dès lors qu'aura lieu un transfert forcé, la présente affaire, liée à l'interprétation et à l'application de la convention de Montréal, perdra tout son sens, car il n'y aura plus de problème juridique à trancher. Mais cela ne se produira pas si l'on respecte dûment le droit.

57. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, j'étais et je demeure d'avis que les circonstances de la présente affaire exigeaient que l'on indique des mesures conservatoires, étant donné en particulier qu'il était extrêmement urgent que la Cour agisse de manière à éviter l'entrée en vigueur des sanctions adoptées par le Conseil de sécurité dans certains paragraphes de la résolution 748 (1992), décision prise par le Conseil dans l'exercice des pouvoirs détenus par lui en vertu du chapitre VII, et par conséquent en dehors du cadre du problème juridique devant être tranché par la Cour.

58. Quant à savoir quelles mesures conservatoires pourraient être considérées comme appropriées, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes de la présente affaire, il y a lieu de faire observer qu'en vertu de l'article 41 du Statut de la Cour la détermination des mesures à indiquer doit respecter l'équilibre entre les droits respectifs des Parties, puisqu'il est question dans cet article de « mesures conservatoires du droit de chacun ». Dans l'exercice de ses pouvoirs, et conformément à l'article 75 de son Règlement, la Cour peut décider d'indiquer d'office 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 ».

59. A cet égard, il y a lieu d'appeler spécialement l'attention sur le précédent intéressant qui a été établi par l'ordonnance rendue en janvier 1986 par la Chambre de la Cour internationale de Justice qui avait été constituée pour s'occuper de l'affaire concernant le *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*. Traitant des mesures conservatoires à indiquer d'office, cette Chambre a déclaré ce qui suit :

« 18. Considérant 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 ;

19. Considérant en particulier que ... organe judiciaire principal des Nations Unies, en vue du règlement pacifique d'un différend, conformément aux articles 2, paragraphe 3, et 33 de la Charte des Nations Unies ... le pouvoir et le devoir de la Chambre d'indiquer, le

cas échéant, des mesures conservatoires contribuant à assurer la bonne administration de la justice ne sauraient faire de doute» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 9).

60. Selon moi, la Cour aurait dû agir dans ce sens, étant donné la circonstance particulière de la présente affaire, caractérisée par le fait que les deux Libyens soupçonnés d'être les auteurs du massacre de Lockerbie ne sauraient bénéficier d'un procès équitable ni aux Etats-Unis ni au Royaume-Uni, ni non plus en Libye.

61. Malgré toute l'admiration que j'éprouve pour le système judiciaire de la plus ancienne des démocraties contemporaines, pour le pays de la *Magna Carta* (1215) et du *Bill of Rights* (1688), je doute sérieusement que les deux suspects libyens puissent bénéficier d'un procès équitable au Royaume-Uni. Comme l'a fait justement observer le professeur Mauro Cappelletti, même dans le domaine des procès civils :

« On est tenté de penser que, même en Angleterre, l'idée que certains droits et garanties de procédure sont considérés, et depuis longtemps, comme essentiels pour une bonne administration de la justice est, du point de vue juridique, dépourvue de sens. » (*Fundamental Guarantees of the Parties in Civilian Litigation*, publié sous la direction de Mauro Cappelletti et Denis Tallon, Milan, 1973, p. 670.)

62. En ce qui concerne les affaires pénales, la communauté juridique mondiale ne saurait oublier aisément qu'à la fois la Commission européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ont conclu que les autorités du Royaume-Uni avaient violé l'article 3 de la convention européenne des droits de l'homme en infligeant à des prisonniers soupçonnés d'avoir commis des actes de terrorisme un traitement inhumain et dégradant — car on avait provoqué chez ces prisonniers « des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à les humilier, à les avilir et à briser éventuellement leur résistance physique ou morale » — et en recourant à ce que l'on a appelé les « cinq techniques », à savoir des méthodes provoquant « du moins de vives souffrances physiques et morales [et] de surcroît ... des troubles psychiques aigus en cours d'interrogatoire » (arrêt du 18 janvier 1978, dans l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*, *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme, série A, arrêts et décisions*, vol. 25, p. 59-94). Je ne doute nullement que le Gouvernement britannique ait pris cette condamnation très au sérieux et qu'il ait fait tout ce qui lui était possible de faire pour mettre fin à des pratiques aussi inhumaines. Néanmoins, compte tenu du caractère odieux des crimes imputés aux suspects libyens, on peut comprendre qu'aux yeux de certains l'équité puisse avoir des limites à l'égard de ces suspects.

63. Aux Etats-Unis d'Amérique la situation serait encore plus alarmante, et cela en raison de l'importance extraordinaire des grands organes d'information et de la manière dont ces derniers rendent presque impossible le déroulement d'un procès équitable devant un jury d'assises, comme en témoignent les controverses publiques suscitées par ce qui s'est produit dans un certain nombre d'affaires récentes. Une telle situation est

manifestement contraire aux dispositions selon lesquelles toute personne a droit « à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial », qui figurent à l'article 10 de la déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée en 1948 par l'Organisation des Nations Unies ; et tout autant contraire aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Organisation des Nations Unies en 1966, lequel insiste sur les cas où, en raison des « circonstances particulières de l'affaire, la publicité nuirait aux intérêts de la justice ».

64. Parallèlement, étant donné que les deux suspects libyens travaillaient ou travaillent encore pour le gouvernement de leur pays et que leur procès pourrait finalement déboucher sur une affaire ultérieure de responsabilité internationale des Etats dans laquelle la Libye serait accusée, cette situation de fait constitue selon moi une raison suffisante de douter que, si le procès avait lieu en Libye, cela servirait véritablement l'intérêt manifesté à la fois par les Etats-Unis et par le Royaume-Uni pour ce qui est de faire en sorte qu'il soit équitable. Quels que soient les mérites du système judiciaire libyen dans des circonstances normales, le souci d'une solution impartiale et juste me conduit à considérer, dans le contexte particulier de la présente affaire, que les tribunaux nationaux libyens ne pourraient constituer un *forum conveniens*. Cette conclusion découle logiquement et nécessairement des principes juridiques fondamentaux, profondément enracinés dans les traditions juridiques des principaux systèmes, et en particulier du droit islamique (Weeramantry, *Islamic Jurisprudence, an International Perspective*, MacMillan Press, 1988, p. 76-77 et p. 79-81), selon lesquels *nemo debet esse judex in propria sua causa*.

65. Dans le cadre des circonstances particulières du différend entre les Parties et de l'exercice des pouvoirs dont dispose la Cour pour le règlement pacifique des différends, afin d'assurer la bonne administration de la justice et de prévenir l'aggravation et l'extension du différend, la Cour aurait pu selon moi indiquer d'office des mesures conservatoires visant à ce que :

- en attendant une décision définitive de la Cour, les deux suspects dont les noms sont avancés dans la présente affaire soient confiés à la garde des autorités gouvernementales d'un Etat tiers qui pourrait fournir un *forum conveniens* dans le cadre d'un accord mutuel.
- En outre, la Cour aurait pu indiquer que les Parties devaient, chacune en ce qui la concerne, veiller à ce qu'aucune mesure, quelle qu'elle soit, ne soit prise qui puisse provoquer une aggravation ou une extension du différend soumis à la Cour, ou qui soit de nature à faire obstacle à la bonne administration de la justice.

(Signé) Ahmed Sadek EL-KOSHERI.